

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 184-2018-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00004-2018-CD-GPRC/MC
FECHA	:	29 de octubre de 2018

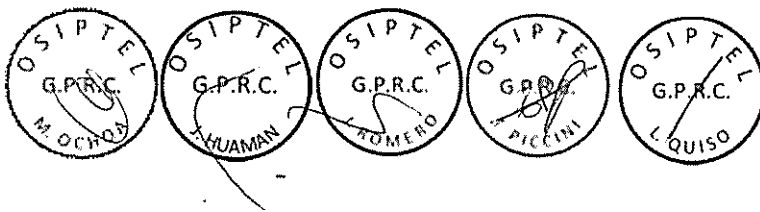
	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	ESPECIALISTA DE INTERCONEXIÓN	MARIA OCHOA LA TORRE
	ANALISTA EN POLÍTICAS REGULATORIAS	JORGE HUAMÁN SANCHEZ
	COORDINADOR DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	JOSÉ ROMERO ALCALDE
REVISADO POR:	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	TATIANA PICCINI ANTÓN
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS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

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es sustentar el pronunciamiento que corresponde emitir al OSIPTEL para resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 184-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), que establece las condiciones del arrendamiento entre las empresas Telecomunicaciones Multimedia Alfa S.A.C. (en adelante, MULTIMEDIA ALFA) y TELEFÓNICA .

2. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta DOC-N° 58/2018-GG-VP recibida con fecha 2 de marzo de 2018, MULTIMEDIA ALFA solicita al OSIPTEL un mandato de compartición de infraestructura que establezca las condiciones del arrendamiento de puntos de apoyo en postes de TELEFÓNICA.
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 184-2018-CD/OSIPTEL de fecha 17 de agosto de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de agosto de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a TELEFÓNICA y MULTIMEDIA ALFA el 28 y 29 de agosto de 2018, mediante las cartas C.00582-GCC/2018 y C.00583-GCC/2018 respectivamente.
- 2.3 Mediante escrito recibido con fecha 20 de setiembre de 2018, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.4 Mediante carta C.00598-GPRC/2018 recibida con fecha 27 de setiembre de 2018, se corrió traslado a MULTIMEDIA ALFA del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.5 Mediante carta recibida con fecha 5 de octubre de 2018, MULTIMEDIA ALFA remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, explicando su posición para que dicho recurso sea declarado infundado y no se suspendan los efectos del mandato, toda vez que no se cumple con los supuestos establecidos por la Ley para detener su ejecución.
- 2.6 Mediante carta C.00626-GPRC/2018 recibida con fecha 12 de octubre de 2018, se corrió traslado a TELEFÓNICA de los comentarios de MULTIMEDIA ALFA respecto de su recurso de reconsideración.



3. PRETENSIONES DEL RECURSO

TELEFÓNICA solicita lo siguiente:

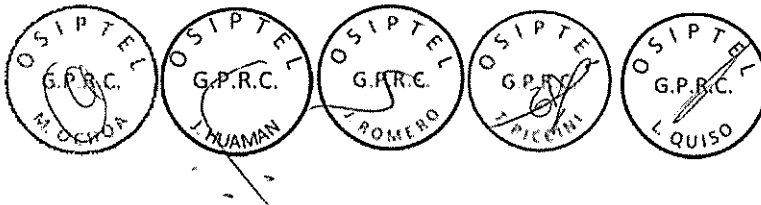
- La emisión de un nuevo Mandato que recoja los puntos argumentados en su recurso de reconsideración.
- Suspender los efectos del Mandato, en aplicación del artículo 224 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS (en lo sucesivo, LPAG), hasta resolver la presente reconsideración, en tanto la ejecución de este le causaría perjuicios.

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

- i) El Mandato no debe aplicar un esquema general de descuentos, toda vez que sería una disposición injustificada e ilegal, en tanto la norma vigente no establece una obligación para el proveedor de infraestructura de brindar descuentos en eventuales de contratos de compartición y el OSIPTEL no tiene la potestad para establecerlos o crearlos vía mandato, siendo decisión comercial de Telefónica.
- ii) OSIPTEL estaría creando con el Mandato un esquema paralelo a la Oferta Básica de Compartición (OBC). En particular, incorporando disposiciones relacionadas con el retiro de cables sin daño, el plazo de pago.
- iii) Los contratos analizados por el OSIPTEL para establecer el Mandato no resultan siendo aplicables debido a que, salvo el contrato con Viettel Perú SAC, los demás ya han sido actualizados a lo previsto en el esquema de la OBC.
- iv) El Mandato Constituye una Barrera Burocrática Ilegal, toda vez que el OSIPTEL ha decidido aplicar un esquema de descuentos generalizado y limitado a dos factores, transgrediendo la libertad contractual que tienen las partes para definir otros criterios para determinar los referidos descuentos. Asimismo, el OSIPTEL no podría establecer esquemas de descuentos por criterio propio y sin respetar el procedimiento establecido para ello, puesto que habría modificado la OBC.

MULTIMEDIA ALFA, respecto del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, ha manifestado lo siguiente:

- i) Si bien existe un plazo para la emisión de la carta fianza, éste debe correr a partir del plazo que se remita a TELEFÓNICA la orden u órdenes de servicio respecto del arrendamiento de los postes, las



cuales no han sido enviadas por MULTIMEDIA ALFA por razones operativas, sin que esto signifique que no se vaya a realizar.

- ii) Son los más interesados en cumplir con el Mandato que el OSIPTEL ha emitido por eso fue que lo solicitaron basándose en el marco normativo debido a las infructuosas negociaciones con TELEFÓNICA.
- iii) Los motivos de la solicitud del Mandato son netamente económicos dado que no se encuentran en la capacidad de cubrir el costo máximo que TELEFÓNICA cobra por el arrendamiento de infraestructura la cual es necesaria para su rubro dado que su área de prestación es Lima Este.
- iv) Si se declara fundado el Recurso de Reconsideración se generaría un gran agravio económico a su representada, dado que no estaría en capacidad económica de poder cubrir los costos máximos que TELEFÓNICA indicó en su OBC.
- v) Respecto al pedido de suspensión de efectos, señalan que éste carece de sustento dado que no cumplen con los dos (2) supuestos que establece el numeral 224.2 del artículo 224 de la LPAG y que si bien TELEFÓNICA alega un perjuicio millonario sin embargo no existe mayor sustento que lo expuesto en su recurso, por lo cual consideran que debe ser desestimado y por el contrario debe aplicarse lo dispuesto por el numeral 224.1 del referido artículo que establece que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto administrativo.

4. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA.

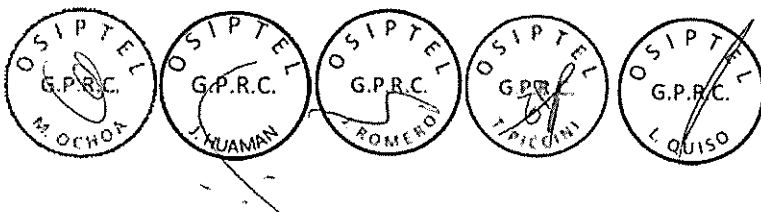
TELEFÓNICA ha interpuesto un recurso de reconsideración el 20 de setiembre de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 184-2018-CD/OSIPTEL efectuada el 28 de agosto de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, sin perjuicio de que el Mandato emitido por el OSIPTEL se haya efectuado en ejercicio de su función normativa, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTEL¹ y el trámite que este Organismo Regulador ha brindado a los recursos que

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

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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



han interpuesto los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

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

5. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA.

5.1. Sobre la aplicación de un esquema de descuentos.

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

- a) **El contrato con VIETTEL no puede servir de comparación pues fue celebrado antes de la aprobación de la Oferta Básica de Compartición.**

TELEFÓNICA manifiesta que a la fecha en que se suscribió el contrato con VIETTEL, aún no había sido declarada Proveedor Importante ni existía una Oferta Básica de Compartición (en adelante, OBC) a partir de la cual se establecerían las condiciones particulares de cada contrato de compartición. Señala que esta situación hace imposible comparar las condiciones de mercado en las cuales se celebró el referido contrato y las condiciones actuales. Indica que ha buscado adecuar los contratos de arrendamiento de puntos de apoyo en postes a los términos de la nueva regulación y tomó la decisión comercial de no otorgar descuentos. Por tal motivo, gradualmente ha dado por terminado o modificado contratos de compartición, lo cual ha generado que a la fecha solo quede un contrato pendiente de modificación que es el de VIETTEL. Indica que una vez terminado el referido contrato, se eliminarán por completo los descuentos.

Adicionalmente, señala que una de las razones por la cual el contrato con VIETTEL sigue vigente, además de los términos contractuales, es un pronunciamiento del OSIPTEL en el cual da la opción a las partes a no acogerse a las condiciones de la OBC aprobada y mantener las condiciones del contrato, y sobre el cual el OSIPTEL no se ha manifestado.

Asimismo, señala que la Ley le permite eliminar los descuentos a sus clientes, conforme lo establecido en el artículo 34 de la Resolución N° 020-2008-CD/OSIPTEL, norma que aprobó las Disposiciones Complementarias a la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, en donde se señala que los descuentos pueden ser acordados, es decir es facultativo y dependerá de lo que las partes lo acuerden entre sí. Asimismo, TELEFÓNICA precisa que su



decisión comercial es de no otorgar más descuentos, lo cual no es una decisión arbitraria sino que responde al establecimiento en la OBC de un precio máximo por debajo de lo que TELEFÓNICA considera que debería ser el precio adecuado.

TELEFÓNICA manifiesta que la decisión de otorgar descuentos, tal como lo señala la normativa y la propia OBC es una facultad de las partes y no del regulador. Y que el OSIPTEL le está impidiendo migrar a un nuevo esquema de contratos de compartición de infraestructura como consecuencia de la aprobación de la OBC. Señala que al extender ilegalmente el esquema de descuentos del contrato de VIETTEL a todos los demás agentes, se está limitando su derecho a delimitar libremente su esquema comercial y lo más grave, se hace extensivo a acuerdos de un contrato suscrito bajo condiciones distintas que no son extrapolables a la realidad actual.

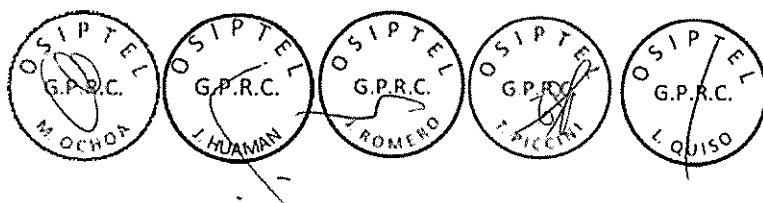
Finalmente reitera que el Consejo Directivo ha decidido establecer un esquema de descuentos en el Mandato a partir de las condiciones acordadas en una relación jurídica previa a la existencia de la OBC lo que implica que en la práctica TELEFÓNICA no puede establecer una política comercial que verdaderamente se ajuste a las nuevas condiciones aplicables a la compartición de infraestructura y como consecuencia de ello le genera una pérdida millonaria injustificada e ilegal lo cual no ha sido desmentido ni sustentado por el OSIPTEL.

Al respecto, el contrato entre TELEFÓNICA y VIETTEL fue suscrito en enero de 2012, antes de la aprobación de la Oferta Básica de Compartición². No obstante, este contrato está plenamente vigente para todos sus efectos. En esa línea, TELEFÓNICA no puede alegar que el citado contrato no sea tomado en consideración en los pronunciamientos del regulador por cuanto refleja la voluntad de TELEFÓNICA de otorgar descuentos, está vigente y TELEFÓNICA no ha manifestado su voluntad al regulador de modificarlo conforme el marco legal aplicable.

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

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

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



En esa línea, llama la atención que TELEFÓNICA argumente que el OSIPTEL le ha generado un impedimento para que dicha empresa pueda modificar su relación con VIETTEL, señalando "...que una de las razones por las que la relación con Viettel sigue vigente, además de los términos contractuales, es la disposición del propio Regulador, quien se pronunció mediante su Informe N° 0190-GPRC/2016...". En su escrito, TELEFÓNICA expone parcialmente que el OSIPTEL ha manifestado que los operadores pueden no suscribir la adecuación de sus contratos a la OBC, omitiendo señalar que el OSIPTEL también expuso sobre el derecho de TELEFÓNICA de solicitar un mandato que tenga como fin dicha adecuación.

Sobre el particular, el numeral completo del citado Informe es el siguiente:

4.3 Existencia de contratos previos para la provisión de las prestaciones consideradas en la OBC.

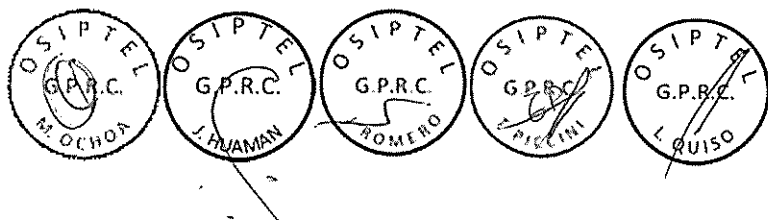
Los operadores que ya cuenten con un contrato de arrendamiento o compartición de infraestructura suscrito con Telefónica previamente a la entrada en vigencia de la Resolución de Gerencia General N° 00039-2016-GG/OSIPTEL, que considere algunas o todas las prestaciones consideradas en la OBC aprobada por dicha resolución, pueden libremente evaluar y, en su caso, aceptar la propuesta de Telefónica de modificación de su relación de acceso para acogerse a las condiciones de su OBC.

Si algún operador decidiera mantener la vigencia de su relación de acceso preexistente y no acogerse a las condiciones de la OBC aprobada, se mantendría vigente el respectivo contrato de arrendamiento o compartición de infraestructura celebrado con Telefónica y ésta, si considera necesario para sus intereses modificar su relación de acceso por alguna causa justificada en la normativa en vigor, podrá recurrir al OSIPTEL por la vía del mandato, cumpliendo para tal efecto con los requisitos y procedimientos normativos aplicables.

Fuente: Informe N° 0190-GPRC/2016.

Como se puede apreciar en el numeral citado, el OSIPTEL ha manifestado que TELEFÓNICA no podía imponer la OBC a la otra empresa, ya que parte de la premisa de que debe haber un acuerdo entre dos partes para modificar, vía contrato, su relación de acceso. No obstante, el OSIPTEL también le informa, aunque TELEFÓNICA lo ha omitido en su escrito, que ella puede, conforme el marco legal, solicitar por la vía de mandato la modificación de su relación de acceso. En ese entendido, TELEFÓNICA siempre ha tenido la herramienta legal para adecuar su relación con VIETTEL a la OBC, no obstante, ha sido su decisión no utilizar dicha herramienta (solicitud de mandato). Dada esta decisión privada de TELEFÓNICA, el contrato con VIETTEL, con sus términos y condiciones entre ellas el esquema de descuentos, sigue vigente; y dicha vigencia es estrictamente atribuible a TELEFÓNICA.

En este punto hay que recalcar que la OBC no eliminó el esquema de descuentos, sino que, como toda condición de acceso, lo dejó para libre acuerdo entre las partes, siendo objeto de mandato si es que no se logra un acuerdo y una de ellas lo solicita. Este punto es ya conocido por TELEFÓNICA, pues el Informe N° 0190-GPRC/2016, citado por ella en su escrito, se emitió como respuesta a una serie de consultas realizadas por



TELEFÓNICA, y se incluyó la relacionada a la aplicación de un esquema de descuentos. En el citado informe se le expone lo señalado en el numeral 4.5.1 de la OBC, en referencia a que si bien la OBC no incluye un esquema de descuentos, éste puede ser acordado por ambas partes o ser objeto de una solicitud de mandato, como cualquier otro aspecto de su relación de acceso:

4.1 Esquemas de descuentos a acordar con los distintos operadores.

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

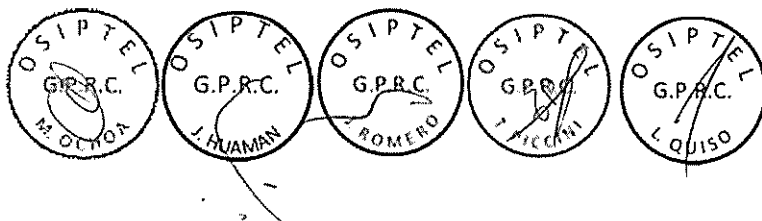
"No se establece ningún esquema de descuentos, a fin de permitir que sean establecidos libremente, siempre que sea aplicado de manera no discriminatoria".

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

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

Fuente: Informe N° 0190-GPRC/2016.

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



ANEXO 2
CONDICIONES ECONOMICAS

A. Renta

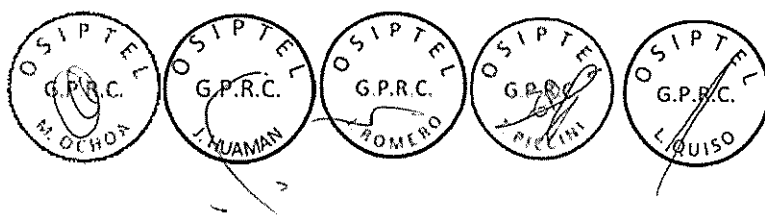
EL CLIENTE pagará de manera mensual y por adelantado el monto resultante de multiplicar el número de Puntos de Apoyo utilizados por la tarifa indicada en la Tabla de Precios siguiente:

Rangos	Rango A	Rango B	Rango C
T. Contrato Puntos de Apoyos	1 a menos de 4 años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)	4 a manos de 10 años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)	10 Años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)
0 a 1 000	1,50	1,13	0,77
1 001 a 3.000	1,32	0,99	0,68
3 001 a 5 000	1,24	0,93	0,64
5 001 a 10.000	1,16	0,87	0,60
10.001 a 50 000	1,09	0,82	0,56
50 001 a 100.000	1,00	0,75	0,52
+ de 100 000	0,93	0,70	0,48

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

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

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



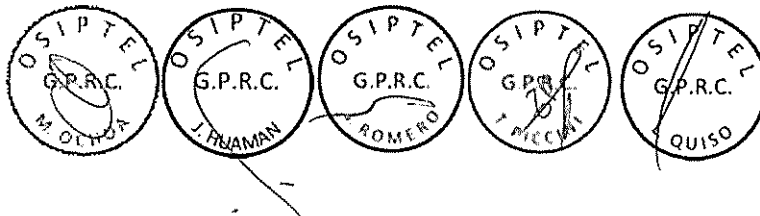
En ese sentido, es erróneo lo que menciona TELEFÓNICA de que el precio de S/. 3.75 por punto de apoyo equivale a otorgar descuentos, ya que ello equivaldría a decir que éste es un precio promedio. No obstante, como es reconocido por la propia TELEFÓNICA en su escrito, éste valor es un precio máximo,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

Lo que sí es correcto, es que la propuesta de precios planteada por TELEFÓNICA al OSIPTEL sí incluía precios mucho más altos a los acordados por ella con otros operadores, incluido VIETTEL. En su propuesta, TELEFÓNICA plantea un precio máximo por punto de apoyo en poste de concreto en Lima de S/. 13.68 soles. El sustento de dicho precio fue analizado y derivó en un precio máximo de S/. 3.75 el cual fue incluido en la OBC. En este escenario, dicho monto aprobado no puede derivar en una pérdida económica para TELEFÓNICA, ya que ha sido el producto de un análisis de los componentes de costos presentados por ella misma al regulador y cuya definición ya fue objeto del procedimiento respectivo. Además, si dicho precio máximo aprobado le hubiera causado pérdidas económicas a la empresa, no se comprende como en febrero de 2013, TELEFÓNICA propone el valor mencionado de S/. 13.68 soles por punto de apoyo y mucho después acuerda con algunas empresas, como por ejemplo Americatel Perú S.A. un valor mucho menor. En efecto, en junio de 2015, en plena evaluación de la OBC, TELEFÓNICA suscribió un contrato con Americatel Perú S.A. en donde el precio máximo fue de S/. 3.83 soles por punto de apoyo, disminuyendo dicho precio a niveles de S/. 1.22 soles:

ANEXO 3
CONDICIONES ECONOMICAS
A Renta

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

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



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

Dado ello, la aplicación de descuentos, solo responde a la aplicación de la normativa vigente. En efecto, como se sabe, TELEFÓNICA, así como todas y cada una de las empresas operadoras de su conjunto económico, fue declarada como Proveedor Importante en el mercado de Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos. En ese contexto, dicha empresa está obligada, entre otras, a lo siguiente en virtud del numeral 3 del artículo 9 de las Disposiciones Complementarias del Decreto Legislativo N° 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones:

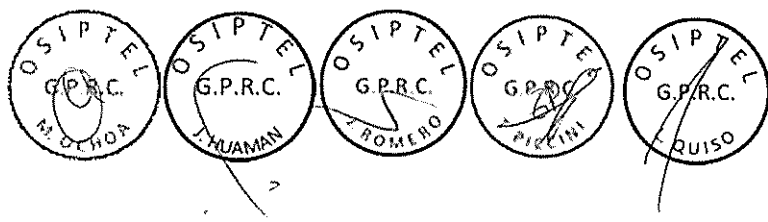
"3. Aplicar a los otros concesionarios, las condiciones económicas más favorables que haya acordado con terceros concesionarios, sin perjuicio del artículo 4 de la presente norma." (El resaltado es nuestro).

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

b) **Los descuentos a VIETTEL son consecuencia de características especiales de la empresa.**

TELEFÓNICA señala estar de acuerdo en que bastaría con la existencia de un (01) contrato que considere mejores condiciones para que éstas deban ser consideradas en cualquier pronunciamiento; sin embargo, esa consideración sería aplicable únicamente si se comparan contratos que tengan una misma naturaleza. Es decir, contratos suscritos luego de la entrada en vigencia de la OBC y que guarden similares características comerciales.

Asimismo, indica que aún en el supuesto caso de considerar que sí es posible tomar como referencia un contrato suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la OBC, el contrato con VIETTEL no podría tomarse como punto de comparación, debido a que la situación de VIETTEL es distinta a la de MULTIMEDIA ALFA. Precisa que la legislación permite realizar diferencias entre los distintos concesionarios sobre la base de diversos criterios, tales como el volumen de puntos de apoyo contratado o el plazo del contrato (supuestos reconocidos por el OSIPTEL en su Mandato), pero también existen otros factores que podrían influir en la decisión de otorgar un descuento y que, no han sido considerados, como por ejemplo, factores como el respaldo económico de un concesionario o su historial de pago. TELEFÓNICA manifiesta que MULTIMEDIA ALFA no cuenta con un historial de pago positivo, ya que en diversas oportunidades ha



demorado varios meses en cancelar sus deudas por el arrendamiento de puntos de apoyo, lo cual es de pleno conocimiento del OSIPTEL.

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

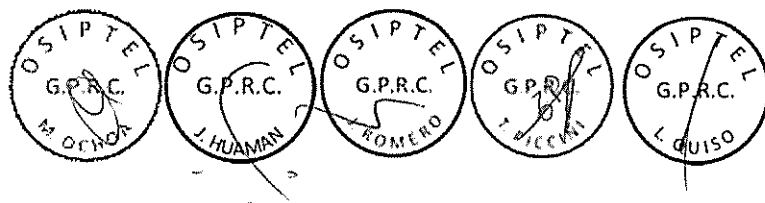
Manifiesta que lo anterior no ha sido tomado en cuenta al determinar la aplicación de un esquema de descuentos general basado únicamente en aspectos como la cantidad de puntos de apoyo arrendados o el plazo del contrato, lo cual trae como consecuencia la eliminación de la facultad legal otorgada por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

Adicionalmente, TELEFÓNICA hace referencia que MULTIMEDIA ALFA no se ha comunicado con su empresa a través de ningún medio, lo cual más allá de demostrar el desinterés de dicha empresa por mantener una relación adecuada y sana, sirve de ejemplo del mal manejo de las actividades comerciales de MULTIMEDIA ALFA, lo cual se refleja en los pagos tardíos de la facturación mensual por el arrendamiento de puntos de apoyo. En otras palabras, considera que se está favoreciendo con descuentos a una empresa que no cumple con los plazos de las obligaciones más elementales de una relación contractual, perjudicando a TELEFÓNICA.

Por lo expuesto, considera que corresponde al OSIPTEL modificar el Mandato de Compartición de tal forma que se elimine el esquema de descuentos generalizado, para lo cual deberá considerar no solo las condiciones especiales de VIETTEL y el contexto de la celebración de ese contrato que justificaron las condiciones acordadas, sino también las malas prácticas comerciales y económicas de MULTIMEDIA ALFA que, además de pagar mal y tarde, ahora se verá beneficiada pagando menos.

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

De otro lado, como se mencionó, las condiciones económicas del contrato vigente entre TELEFÓNICA y VIETTEL establecen un precio máximo que luego va reduciéndose conforme se incrementa la cantidad de puntos de apoyo en postes y la cantidad de años.



Dada esta tabla de precios general, cualquier operador se ubicará en la tabla en función a su cantidad específica de postes y a la cantidad de años que desee arrendar. En ese sentido, no es que el OSIPTEL le esté trasladando a MULTIMEDIA ALFA condiciones específicas de VIETTEL, sino que se mantienen los rangos de cantidad de puntos de apoyo y años, para que MULTIMEDIA ALFA se ubique conforme sus características similares.

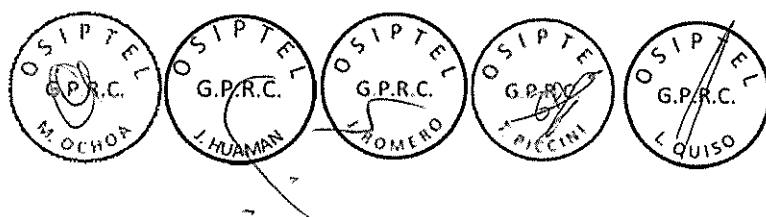
Ahora, las variables que han sido tomadas en cuenta para establecer estos descuentos son las que TELEFÓNICA ya ha aceptado considerar en sus contratos: cantidad de puntos de apoyo en postes y cantidad de años de arriendo. En ese sentido, llama la atención que TELEFÓNICA solicite al OSIPTEL el definir nuevas variables de diferenciación cuando ella misma no lo ha hecho con los diferentes operadores con los cuales ha suscrito acuerdos, y que tienen diversos comportamientos financieros. En esa línea, TELEFÓNICA no puede afirmar que los descuentos a VIETTEL son consecuencia de características especiales de la empresa, por cuando las mismas variables para definir dichos descuentos han sido pactados también para otros operadores.

En efecto, se debe señalar que el esquema de descuento aplicado por TELEFÓNICA, ha sido siempre aplicado por igual a todos los operadores con los que tenía un contrato de compartición, sin considerar el referido criterio de "mejor pagador", el cual no está definido como criterio para establecer algún descuentos, en ninguno de los contratos suscritos por TELEFÓNICA.

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

De otro lado, corresponde señalar que en la presente relación de acceso existe el esquema de garantías por falta de pago, por lo que no corresponde, para fines del presente mandato, introducir esta variable con la finalidad de establecer una diferenciación adicional entre los operadores en términos de descuentos.

En razón de ello, no se puede afirmar que los descuentos aplicados a VIETTEL son consecuencia de las características particulares de esa relación de acceso.



5.2. Sobre las demás condiciones contractuales y la creación de un esquema paralelo a la OBC.

TELEFÓNICA plantea los siguientes temas:

a) Retiro de los cables sin daño.

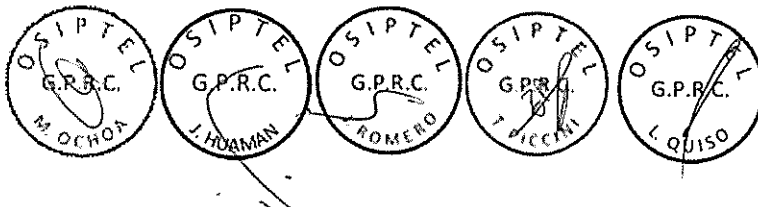
Al respecto, señala que la Norma Técnica "*Instalación y Retiro de Cable Aéreo - Código: N-102-1002, Edición Iera*" citada en el numeral 6.3.3 (página 19) del Informe que sustenta el Mandato de Compartición, es una norma interna cuya finalidad es servir de modelo para que los propios clientes puedan instalar y retirar los cables de su propiedad en su infraestructura. Sin embargo, dicha norma no contempla la posibilidad de que TELEFÓNICA realice el retiro por su cuenta de los cables de terceros o de los clientes.

En ese sentido, considera que no es correcto afirmar que dicha norma posibilita a TELEFÓNICA a retirar los cables de los clientes sin ocasionarles daños materiales.

Al respecto, se debe señalar que se desestima el comentario efectuado, dado que el retiro del cable sin causar daño al mismo sí es factible de ser realizado, conforme lo posibilita la Norma Técnica "*Instalación y Retiro de Cable Aéreo - Código: N-102-1002, Edición Iera*" de TELEFÓNICA; además de ello, se debe aclarar que el derecho a retirar el cable del cliente sin ocasionar daños, se encuentra previsto en las "*Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones*" (en adelante, las *Disposiciones Complementarias*) norma que faculta al Proveedor Importante de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones a: (i) retirar cualquier elemento o equipamiento no establecido en el contrato o mandato de compartición que se encuentre instalado en su infraestructura de telecomunicaciones, sin causar daño a dicho elemento o equipamiento (artículo 10), y (ii) suspender el servicio ante la falta de pago (artículo 41) siendo en este último caso la aplicabilidad del retiro del cable sin causar daño al mismo.

b) Sobre el plazo de pago a partir de lo señalado en la Resolución de Superintendencia 97- 2012/SUNAT.

TELEFÓNICA señala que no resulta coherente por parte del Regulador no haber incluido las disposiciones de la SUNAT respecto al pago, debido a que en los contratos suscritos con otros clientes se ha incluido este aspecto y no ha sido cuestionado por el OSIPTEL, más aún cuando MULTIMEDIA ALFA no ha cuestionado este punto ni lo incluyó dentro de su solicitud de Mandato. Por ello, al no ser un aspecto que perjudique la esencia del pedido de MULTIMEDIA ALFA, y por el contrario, facilita la operativa respecto al pago entre las partes, consideran que debería incluirse dentro del Mandato.

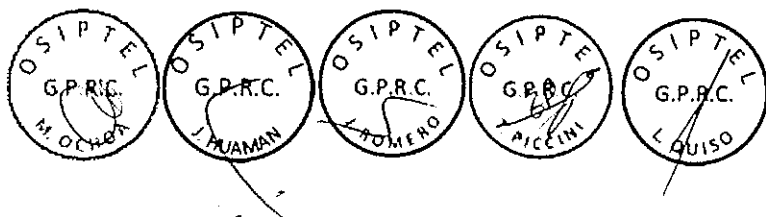


Respecto de lo señalado por TELEFÓNICA sobre que el OSIPTEL no ha incluido la disposición de SUNAT respecto del plazo de pago, se debe señalar que la Resolución de Superintendencia N° 097-2012/SUNAT no señala, ni está dentro de su ámbito, el establecer el medio probatorio, para verificar el cumplimiento del plazo de cómputo para efectos de la obligación del pago de la renta mensual, establecida en el Mandato.

Cabe señalar que para efectos del Proyecto de Mandato aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00136-2018-CD/OSIPTEL, y en atención a lo señalado por TELEFÓNICA en su carta TP-AG-GER-0569-16³ respecto de la obligación de dicha empresa de emitir facturación electrónica, se incluyó la siguiente redacción en el numeral 3.1 del referido Proyecto de Mandato:

Texto del documento de la OBC (Aprobada por Resolución de Gerencia General N° 039-2016-GG/OSIPTEL)	Texto del Proyecto de Mandato (Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00136-2018-CD/OSIPTEL)
<p>4.1 Facturación y Pago.</p> <p><i>El Operador</i> se obliga al pago de la renta en forma mensual y por adelantado, a más tardar dentro de los <u>quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de recepción de la factura respectiva en el domicilio de <i>El Operador</i>, mediante depósito en la cuenta bancaria o en el lugar que <i>Telefónica</i> indique. Los montos no incluyen el IGV respectivo. Los pagos se efectuarán en Nuevos Soles. <i>Telefónica</i> se compromete a emitir las facturas correspondientes dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes.</u></p> <p>(...)</p> <p>Pág. 38 de la OBC.</p>	<p>3.1 FACTURACIÓN, RÉGIMEN DE PAGO Y CONSTITUCIÓN EN MORA.</p> <p>MULTIMEDIA ALFA se obliga al pago de la renta en forma mensual y por adelantado, a más tardar dentro de los <u>quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de recepción de la factura respectiva en el domicilio de MULTIMEDIA ALFA, mediante depósito en la cuenta bancaria o en el lugar que TELEFÓNICA indique. El referido plazo también puede considerarse desde la fecha de recepción de la comunicación de TELEFÓNICA en el domicilio de MULTIMEDIA ALFA, indicándole que está disponible en su página web la posibilidad de descargar el comprobante de pago del mes correspondiente. Los montos no incluyen el IGV respectivo. Los pagos se efectuarán en Soles. TELEFÓNICA se compromete a emitir las facturas correspondientes dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes.</u></p> <p>(...)</p> <p>Pág. 63 del Informe 00130-GPRC/2018.</p>

³ Recibida el 01 de marzo de 2016, en la que TELEFÓNICA plantea algunas consultas y solicita se le confirme la aplicación de algunos aspectos relacionados con la OBC.



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

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

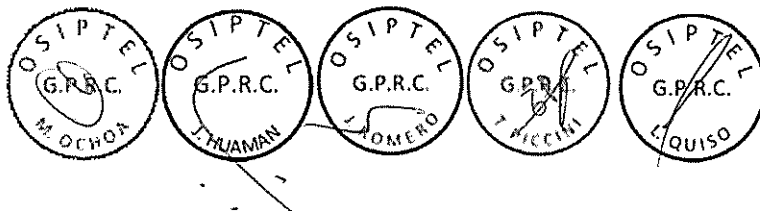
De esta manera, considerando que: (i) la referida obligación establecida en la OBC resulta también compatible con la práctica de facturación electrónica; y que resulta importante contar con una fecha cierta de inicio del plazo máximo para efectuar el pago de la renta mensual por parte de MULTIMEDIA ALFA, considerando que el incumplimiento de la referida obligación de pago constituye una causal de terminación de la relación de compartición⁴, en los términos establecidos en el numeral 1.6 del Mandato emitido (Anexo I); el OSIPTEL se ratifica en considerar la redacción original señalada en la OBC en cuanto a la remisión al domicilio, aún si se trata de la copia de la factura electrónica emitida.

c) Sobre la eliminación de remitir la copia del documento que demuestra el pago.

TELEFÓNICA considera que este aspecto debe ser recogido por el Regulador dentro del Mandato, porque no afecta el pedido de MULTIMEDIA ALFA, y por el contrario da eficacia al proceso de cobranza lo cual beneficia a ambas partes.

Sobre la supuesta eliminación señalada por TELEFÓNICA, respecto de la obligación de MULTIMEDIA ALFA de remitirle la copia del documento en la que conste el pago efectuado, se reitera que el texto de la OBC aprobada -numeral (vi) Régimen de pago y de constitución en mora-, no hace referencia a la obligación expresa de remitir copia del referido documento señalada por TELEFÓNICA. Es decir, en primero lugar no se habría eliminado ninguna obligación respecto de este tema, considerando el texto de la OBC aprobada.

⁴ "El incumplimiento del pago de la renta mensual, así como de cualquier otro concepto señalado en el presente Mandato, facultará a TELEFÓNICA a suspender la compartición conforme a lo establecido en el numeral 1.14 del presente Mandato".



En este punto es preciso indicar que los contratos suscritos por TELEFÓNICA en el marco de la OBC, no fueron objeto de observación por parte del OSIPTEL cuando las condiciones pactadas en dichos contratos no iban en contra de lo establecido en la OBC, según lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1019, y en la medida que eran acuerdos de partes. Es importante señalar también que, tanto en un escenario en donde las partes han llegado a un acuerdo y remiten el contrato al OSIPTEL, como en otro en donde no han llegado a un acuerdo y el OSIPTEL debe emitir un mandato; en ambos escenarios no se debe ir contra lo señalado en la OBC.

En consecuencia, no resultó necesario incluir en el Mandato la referida obligación, dado que como se señaló anteriormente, el incumplimiento del pago de la renta mensual, facultará a TELEFÓNICA a suspender la compartición, en los términos señalados en el Mandato, por lo que MULTIMEDIA ALFA es la principal interesada en acreditar la realización del referido pago.

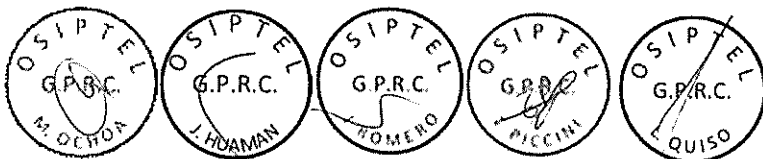
5.3. Sobre los demás contratos analizados en el Mandato.

TELEFÓNICA manifiesta que al emitir el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL consideró que existían diversos contratos de compartición de infraestructura que contemplaban condiciones más favorables (por la existencia de descuentos) que las que recibiría MULTIMEDIA ALFA en el presente procedimiento. Al respecto, a través de sus comentarios, señalaron que de los ocho (8) contratos tomados en cuenta solo uno (1) se encontraba vigente, que es el contrato con VIETTEL. Asimismo, explicaron que el resto de los contratos habían sido resueltos y/o adecuados al esquema de la OBC, en tanto habían sido celebrados previo a su aprobación.

Posteriormente, el OSIPTEL requirió realizar unas precisiones sobre algunas de estas relaciones contractuales. Estas dudas fueron absueltas mediante nuestra carta TDP-2634-AR-GER-18, sin embargo, señala que sus comentarios adicionales no fueron tomados en cuenta indicando que para comprobarlo, basta con observar la sección 6.2 del Informe que sustenta el Mandato de Compartición en la que se hace mención de supuestas omisiones presentadas en la carta TDP-2214-AR-GER-2018, pero no a las aclaraciones de su posterior comunicación.

TELEFÓNICA señala que constituye un vicio de nulidad de la Resolución y el Mandato, pues no se han tomado en cuenta todos los argumentos y la información presentada por su empresa, para lo cual se refieren brevemente a lo indicado sobre los contratos en mención:

- En cuanto al contrato celebrado con la empresa Antari Networks S.A.C., se señaló que se “[...] omite indicar la fecha de resolución de dicho contrato”. Esto, sin embargo, fue absuelto en su segunda carta, en la que se señala que este contrato fue resuelto el 8 de abril de 2015. Las pruebas de ello se encuentran adjuntas a dicha comunicación, presentada el 14 de agosto de este año.



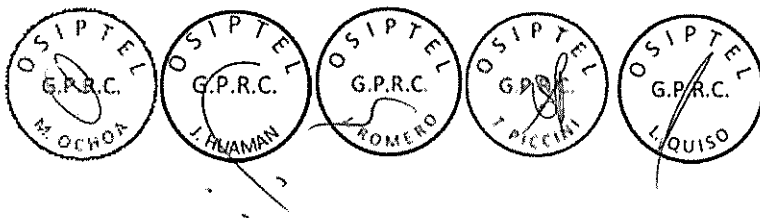
- En cuanto al contrato celebrado con Cabletel S.A.C., se señaló primero, que se habría resuelto el 18 de febrero de 2018. Asimismo, se indicó que “[...] *no acredita el cumplimiento de las reglas aplicables para la suspensión del acceso por falta de pago, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 41 de la Resolución de Consejo Directivo N° 020- 1018-CD/OSIPTEL*”. TELEFÓNICA indica que, como fue señalado en su comunicación del 14 de agosto, la fecha de resolución de este contrato data del 18 de febrero de 2013. Para entonces, la arrendataria tenía una deuda pendiente desde el 2009, por lo que habiendo transcurrido más de cuatro años desde la misma y a pesar de la existencia de una deuda incluso después de ejecutada la carta fianza, se resolvió dicho contrato a partir de la cláusula de resolución establecida.

En cuanto al cumplimiento de las reglas aplicables para la suspensión del acceso por falta de pago establecidas en las Disposiciones Complementarias, señala que estas no resultan aplicables. Dichas disposiciones fueron aprobadas en setiembre de 2008, de manera posterior a la celebración del contrato con Cabletel S.A.C. Indican que la Constitución establece que los contratos no pueden ser modificados posteriormente por leyes u otras disposiciones, por lo que no cabe exigir el cumplimiento de condiciones que no fueron establecidas en el contrato ni se encontraban contempladas en una norma al momento de la celebración de éste.

- En cuanto al contrato celebrado con las empres Cable Visión Tumbes S.A.C., se señaló que la adenda a través de la cual el contrato fuera adecuado al esquema planteado por la OBC se encuentran dentro del plazo que tiene el regulador para emitir un pronunciamiento. Consideran que al referirse a procesos de negociación entre TELEFÓNICA y otras empresas, los cuales culminaron en la adecuación de contratos al esquema de la OBC, el OSIPTEL señala que, “[...] *siendo dichas condiciones mutuamente aceptadas por las partes, no ameritó observación por parte del OSIPTEL*”.

Señalan que, el propio regulador reconoce que no se pronunció sobre las condiciones contractuales que fueron mutuamente aceptadas por las partes por no ser necesario. Sin embargo, pretende descartar del análisis el caso de Cable Visión Tumbes S.A.C. por un tecnicismo. Es por lo menos incorrecto que el regulador descarte el análisis de dicho contrato por un hecho que se encuentra dentro de su propio control. Además señalan que a la fecha se encuentran próximos a suscribir el contrato bajo el esquema OBC con la empresa Cable Visión Tumbes S.A.C. quien les pidió retrasar la firma del contrato debido a su trámite de cambio de razón social.

- Finalmente, en cuanto al contrato celebrado con José Milton Benites Pantoja, el OSIPTEL volvió a indicar que desconoce la fecha de resolución del contrato, así



como a cuestionar el cumplimiento del procedimiento de suspensión por falta de pago establecido en las Disposiciones Complementarias. Sin embargo, indican que esto ya fue absuelto a través de su comunicación del 14 de agosto: el contrato fue resuelto el 7 de marzo de 2018 y tampoco le resulta aplicable el procedimiento mencionado pues el contrato se celebró antes de la declaración de TELEFÓNICA como Proveedor Importante.

Respecto de lo señalado por TELEFÓNICA, sobre que no se han considerado todos los argumentos y la información presentada se debe señalar que, en la parte considerativa de la Resolución de Consejo Directivo N° 184-2018-CD/OSIPTEL que aprobó el Mandato de Compartición entre TELEFÓNICA y MULTIMEDIA ALFA, se señala claramente lo siguiente:

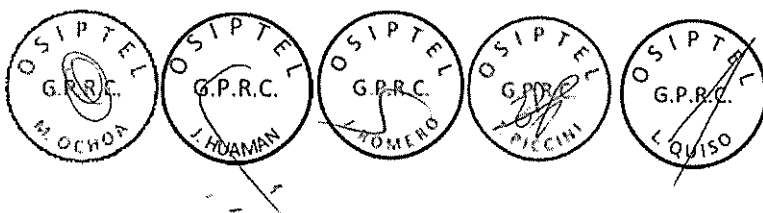
*"Que, cabe indicar que mediante carta N° TDP-2634-AR-GER-18, recibida el 14 de agosto de 2018, TELEFONICA presentó comentarios adicionales a los realizados en su oportunidad al Proyecto de Mandato, **precisándose que los argumentos planteados en dicha comunicación son similares a los que se encuentran recogidos y respondidos en el informe de Vistos;**" (Lo resaltado es nuestro).*

Como se observa, dentro del procedimiento de emisión de Mandato si se evaluó la información contenida en la referida carta presentada, advirtiéndose que los argumentos eran similares a los presentados anteriormente dentro del mismo procedimiento, y dentro de otro procedimiento de emisión de Mandato⁵ donde TELEFÓNICA es parte, en el cual el OSIPTEL ha emitido pronunciamiento en los mismos términos contenidos en el Informe 179-GPRC/2018, por lo que no existe argumentación planteada en la carta N° TDP-2634-AR-GER-18, que no haya sido objeto de pronunciamiento por parte del OSIPTEL, estableciéndose en ambos casos, las mismas condiciones económicas, legales y técnicas del Mandato.

Es importante dejar en claro que las precisiones solicitadas por TELEFÓNICA respecto de la vigencia de contratos referidos por dicha empresa, no tiene implicancia alguna sobre el pronunciamiento del OSIPTEL respecto del mandato emitido, ya que la aplicación del esquema de descuentos propuesto en el referido Mandato se deriva de condiciones contractuales más beneficiosas otorgadas a terceros, en este caso, las otorgadas actualmente por TELEFÓNICA a VIETTEL.

Asimismo, resulta importante recalcar que el sustento para hacer extensiva la aplicación de condiciones más ventajosas a otros operadores, basado en el criterio de no discriminación, no es la cantidad de contratos con condiciones más ventajosas, sino la existencia en sí misma de dicha condiciones más ventajosas. Es decir, basta con la

⁵ El Anexo I de la carta TDP-2554-AR-GER-18 (recibida el 10 de agosto de 2018) correspondiente al Expediente N° 00010-2018-CD-GPRC/MC (Mandato entre TELEFÓNICA y Antenas Cable Visión Satélite S.A.) contiene los mismos argumentos del Anexo III de la carta TDP-2634-AR-GER-18, sobre los cuales el OSIPTEL ha emitido pronunciamiento también en el mismo sentido, a través del Informe 204-GPRC/2018.



existencia de un (01) contrato que considere las referidas condiciones, para que éstas deban ser consideradas para efectos del Mandato de Compartición.

Resulta importante señalar, que la vigencia de dicho contrato, prevista por lo menos hasta enero del 2022, ha sido ratificada por la misma TELEFÓNICA en la página 7 de su carta TDP-2214-AR-GER-18, en donde dicha empresa señala lo siguiente:

“ ...

Como puede observarse, de los contratos mencionados a la fecha sólo se encuentra vigente el de la empresa Viettel Perú (adjunto dentro del Anexo 2); debido a que, a pesar de nuestra insistencia (ver comunicaciones adjuntas en el Anexo 2), dicha empresa no ha aceptado la adecuación al marco contractual de la OBC. A lo anterior, se suma el hecho de no contar con una cláusula de resolución de pleno derecho en el referido contrato con Viettel Perú, tal como se indica en el numeral 28 del Informe Legal del Estudio Miranda & Amados:

“28. Uno (1) de estos veinticuatro (24) contratos (celebrado con Viettel), no incluye una cláusula de resolución unilateral expresa. Siendo que nos encontramos frente a un contrato a plazo forzoso expreso (de diez años y que concluirá el 2022), no será posible resolver el contrato mediante pre-aviso.”

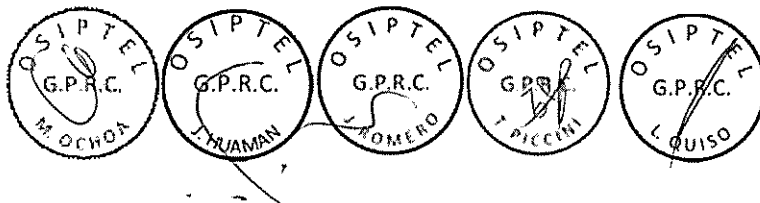
“

En tal sentido, las condiciones contractuales más beneficiosas otorgadas a VIETTEL en el referido contrato, resultan aplicables para efectos del pronunciamiento respecto del Mandato de Compartición entre TELEFÓNICA y MULTIMEDIA ALFA.

Asimismo, las precisiones señaladas por TELEFÓNICA en su carta TDP-2634-AR-GER-18 están referidas a la vigencia de los otros contratos de arrendamiento. Es decir, la información presentada en dicha carta, no incluye ninguna información adicional respecto del contrato de VIETTEL.

No obstante, a continuación se detallan las precisiones solicitadas por TELEFÓNICA respecto de la vigencia de los otros contratos de arrendamiento, las cuales fueron reportadas en su carta TDP-2634-AR-GER-18 en respuesta a un requerimiento realizado por el OSIPTEL:

- **Contrato con Antari Networks S.A.C.:** TELEFÓNICA refiere que este contrato se encuentra resuelto, confirmando que la fecha efectiva de resolución de dicho contrato se dio desde el **08 de abril de 2015**.



- **Contrato con Cabletel S.A.C.:** TELEFÓNICA refiere que este contrato se encuentra resuelto, confirmando que la fecha efectiva de resolución de dicho contrato se dio desde el **18 de febrero de 2013**.
- **Contrato con Jose Milton Benites Pantoja:** TELEFÓNICA refiere que este contrato se encuentra resuelto, confirmando que la fecha efectiva de resolución de dicho contrato se dio desde el **07 de marzo de 2018**.

Como se observa, las referidas precisiones no modifican de modo alguno el hecho de que TELEFÓNICA haya corroborado la existencia de al menos un (01) contrato de arrendamiento vigente, el suscrito por dicha empresa y VIETTEL, con condiciones económicas más ventajosas (esquema de descuento) que debe aplicar a MULTIMEDIA ALFA, sobre la base del valor sin descuentos establecido en la OBC.

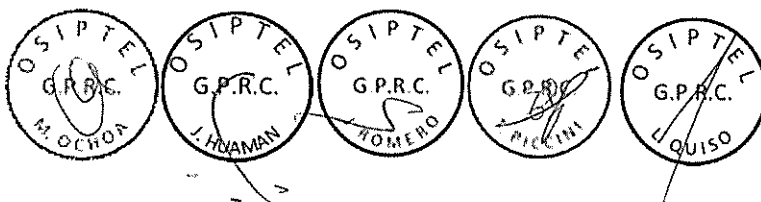
5.4. Sobre que el mandato constituiría una barrera burocrática ilegal.

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

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

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

Por último, TELEFÓNICA indica que el Mandato transgrede lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1256 y el principio de legalidad.



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

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

(...)"

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

"Artículo 14.- Análisis de legalidad

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

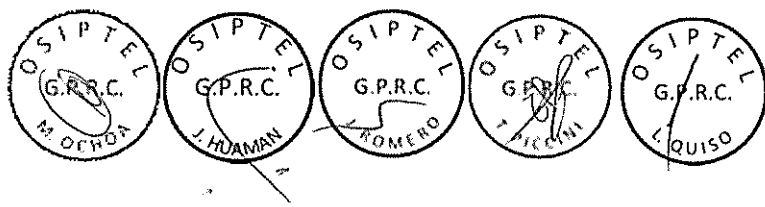
(...)

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

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

Sobre el particular, es pertinente indicar lo siguiente:

- El proceso para la Emisión de un Mandato no es un procedimiento administrativo en la medida que el resultado no es un acto administrativo, sino la emisión de un Mandato en uso del ejercicio de la función normativa del OSIPTEL.
- El inicio del procedimiento para la Emisión de un Mandato de compartición se activa luego que las partes no han logrado llegar a un consenso sin intervención del Organismo Regulador. A través de la Emisión del Mandato se estipulan condiciones que son únicamente de observancia obligatoria para ambas partes de la relación de compartición. En ningún caso, mediante la emisión de un



definitivo. En todas estas etapas se ha encontrado abierta la participación de ambas partes.

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

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

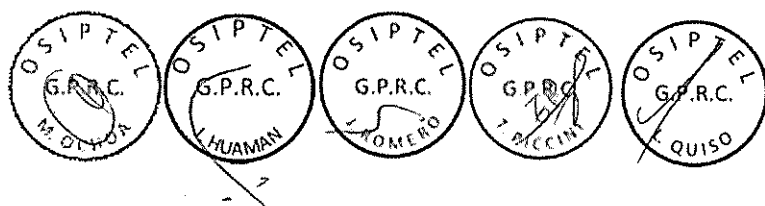
- A través del Mandato de Compartición se han establecido condiciones que únicamente son aplicables a las partes de la relación de compartición. En este caso, son exigibles a TELEFÓNICA y MULTIMEDIA ALFA.
- A través del Mandato de Compartición precisamente se establecen obligaciones exigibles a ambas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

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

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

5.5. TELEFÓNICA solicita la suspensión de los efectos del mandato durante la evaluación de este recurso.

TELEFÓNICA señala que el artículo 224 de la LPAG establece que la administración puede, ya sea de oficio o a petición de parte, suspender la ejecución del acto recurrido, en tanto cumpla con uno de los siguientes requisitos: (i) que la ejecución pudiera causar



mandato se modifica una norma de carácter general, como por ejemplo, las Normas Complementarias o la OBC.

- La Oferta Básica de Compartición - OBC, viene a ser un marco referencial para la suscripción de contratos de compartición, de observancia obligatoria para TELEFÓNICA como proveedor importante, que contiene condiciones mínimas a tomar en consideración una vez que va a suscribir contratos de compartición. Si las empresas, sobre la base de dichas condiciones mínimas de la OBC instauran una relación de compartición sin que intervenga el OSIPTEL, dicha relación es totalmente válida.

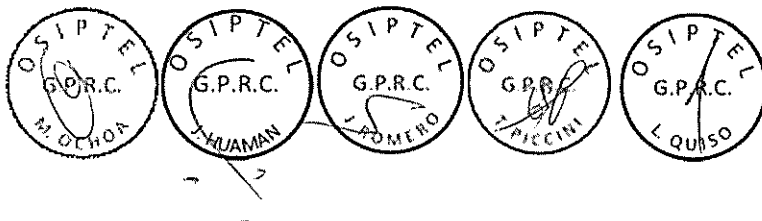
Asimismo, es totalmente válido que, adicionalmente a las condiciones mínimas establecidas en la OBC, las partes intervinientes suscriban un contrato de compartición con cláusulas o acuerdos que consideren necesarios, siempre que dichas estipulaciones adicionales no soslayen las referidas condiciones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

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

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

En efecto, como puede apreciarse de los recaudos del Expediente N° 00004-2018-CD-GPRC/MC, TELEFÓNICA ha planteado condiciones adicionales a las establecidas en la OBC para la suscripción del Contrato de Compartición, mientras que MULTIMEDIA ALFA ha observado principalmente lo referido a la materia económica y por tal motivo ha solicitado expresamente que sea el OSIPTEL el que imponga un mandato en dicha relación de compartición.

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



perjuicios de imposible o difícil reparación; o, (ii) que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad.

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

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

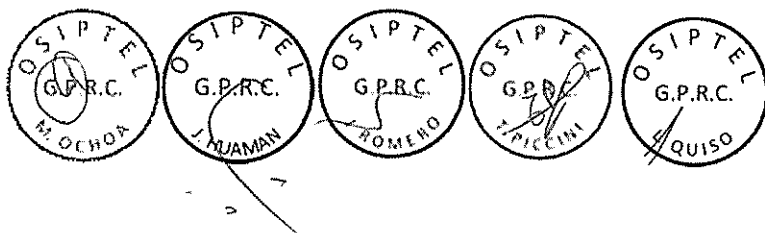
Para ello, creen importante que la autoridad también tenga en cuenta que MULTIMEDIA ALFA, a pesar de haber tenido que presentar sus órdenes de servicio y entregar su carta fianza hasta el 12 de setiembre, no lo ha hecho. De igual manera, como se ha indicado en el Informe⁶, MULTIMEDIA ALFA no presentó comentario alguno sobre el Proyecto de Mandato del OSIPTTEL, demostrando a través de estos actos su falta de interés en llevar una relación comercial adecuada y en utilizar la infraestructura de nuestra empresa para brindar sus servicios.

Consideran que también se encuentran en el segundo supuesto establecido en el artículo 224 de la LPAG para que se suspendan los efectos del Mandato. Este se sustenta en la existencia de un vicio de nulidad ya que no se habría tomado en cuenta lo señalado por TELEFÓNICA en la Carta TDP-2634-AR-GER-18, presentada el 14 de agosto de 2018 como respuesta a la solicitud de información realizada expresamente por el propio OSIPTTEL mediante Carta C.00498-GPRC/2018. En otras palabras, a pesar de existir un acto pendiente, cuyo contenido además es de vital importancia para el entendimiento del caso, se tomó una decisión sobre el Mandato de manera previa a su respuesta. Esto le imposibilitó tomar en cuenta dichos comentarios que, están seguros, hubiesen cambiado su opinión sobre el caso. Manifiestan que el recurso de Reconsideración, busca que el OSIPTTEL corrija oportunamente este vicio de nulidad.

Por todo lo anterior, solicitan suspender los efectos del Mandato hasta resolver la presente reconsideración, en tanto la ejecución de este le causará grandes perjuicios económicos a su empresa.

Al efecto, resulta aplicable lo previsto en el artículo 216 de la LPAG: (subrayados agregados)

⁶ Primer párrafo de la página 7 del Informe.



“Artículo 224.- Suspensión de la ejecución

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

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

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

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

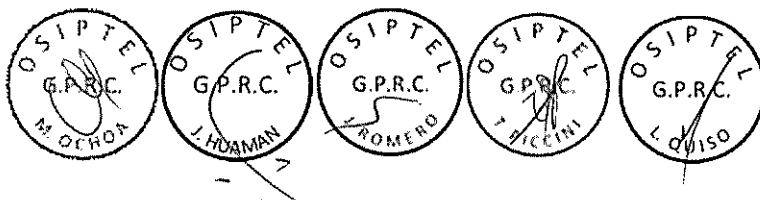
224.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

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

Al respecto, en cuanto a la resolución impugnada debe precisarse que esta tiene por objeto aprobar un Mandato que establece las reglas para la relación de compartición entre TELEFÓNICA y MULTIMEDIA ALFA. Dichas Reglas son emitidas por el OSIPTEL en ejercicio de su función normativa, por lo cual, si bien se ha acogido el recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA y se ha considerado procedente revisar sus comentarios e inquietudes sobre el mandato aprobado por el OSIPTEL, ello no convierte al referido mandato en un acto administrativo.

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

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, cabe señalar que conforme a lo precisado por el primer numeral del citado artículo 224 de la LPAG, debe entenderse que, por regla general, la interposición de cualquier recurso no



suspende automáticamente la ejecución del acto impugnado, siendo así que la suspensión de efectos constituye una decisión de carácter excepcional que puede adoptar la autoridad y que está sujeta a la verificación objetiva de los requisitos señalados en el inciso 224.2 y además requiere una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, conforme a lo dispuesto por el inciso 224.3.

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

“Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos

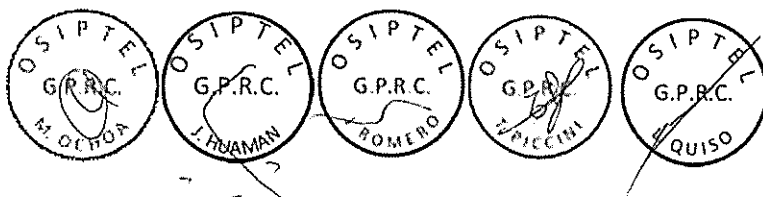
Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de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

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

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

6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por TELEFÓNICA se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 184-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.



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

Atentamente,


LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

