



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Nº 00030-2024-TSC/OSIPTEL

Lima, 04 de diciembre de 2024

EXPEDIENTE N°	007-2024-CCP-ST/CI
ADMINISTRADOS	Best Cable Perú S.A.C.
	Enel Distribución Perú S.A.A
MATERIA	Compartición de infraestructura
RECONSIDERACIÓN	Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL

Sumilla: "DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la empresa Best Cable Perú S.A.C., en consecuencia, corresponde CONFIRMAR la Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL de fecha 04 de octubre de 2024, emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, que declaró IMPROCEDENTE la Reclamación de la empresa Best Cable Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A; conforme a los fundamentos expuestos en esta resolución".

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 007-2024-CCP-ST/CI.
- (ii) El recurso de apelación (Reg. SISDOC N° 69930-2024/MPV) interpuesto el 29 de octubre de 2024 por **Best Cable Perú S.A.C.** (en adelante, Best Cable) contra la Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL (en adelante, la Resolución Impugnada), de fecha 04 de octubre de 2024, emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el escrito (registro SISDOC 57086-2024/MPV), recibido con fecha 21 de agosto de 2024, Best Cable interpuso una reclamación contra Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, Enel), en materia de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
2. Mediante Carta C. 00315-STCCO/2024, notificada el 2 de septiembre de 2024, la Secretaría Técnica adjunta a los Cuerpos Colegiados (en adelante, ST-CCO) realizó un requerimiento de aclaración a Best Cable, a fin de que precise si las comunicaciones que refiere haber enviado a Enel solicitando la adecuación del "Contrato de Utilización de Postes de Alumbrado Público" (en adelante, Contrato de Compartición) forman parte de sus medios probatorios y, de ser el caso, que tales comunicaciones sean adjuntadas. Asimismo, se solicitó que remita el Contrato de Compartición suscrito con Enel de fecha 31 de mayo de 2000, dado que por error la empresa reclamante anexó un contrato distinto en el escrito de reclamación.





3. Mediante el escrito (registro SISDOC 61458-2024/MPV), recibido el 10 de septiembre de 2024, Best Cable solicitó a la ST-CCO una ampliación de cinco (5) días hábiles adicionales para absolver el referido requerimiento de aclaración, siendo dicho plazo concedido mediante la Carta C. 00330-STCCO/2024, notificada el 10 de septiembre de 2024.
4. Mediante escrito (registro SISDOC 63390-2024/MPV) de fecha 18 de septiembre de 2024, Best Cable respondió el mencionado requerimiento de aclaración.
5. Con fecha 04 de octubre de 2024, el CCP emitió la Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL, en la cual resolvió declarar improcedente la reclamación interpuesta por Best Cable. La resolución se sustentó en los siguientes fundamentos:
 - (i) El Contrato de Compartición entre Best Cable y Enel fue suscrito el 31 de mayo de 2000, según su cláusula decimonovena, **bajo el marco legal del Código Civil**. Con posterioridad se aprobó el vigente régimen especial que regula el uso de infraestructura de electricidad por empresas de telecomunicaciones, bajo el marco de la Ley N° 29904 publicada el 20 de julio de 2012.
 - (ii) Se emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 00306-2023-CD/OSIPTEL de fecha 30 de octubre de 2023, mediante la cual dispuso la modificación de la "CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO" de la adenda al Contrato de Compartición de fecha 31 de mayo de 2000, estableciendo que la contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de Enel será calculada conforme a la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, surtiendo efectos a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, esto es, el 4 de noviembre de 2023.
 - (iii) A partir de la vigencia de la Ley N° 29904 y sus disposiciones reglamentarias, Best Cable tuvo expedito su derecho de solicitar el mandato de compartición al Consejo Directivo ante la falta de acuerdo con Enel; sin embargo, recién lo hizo el 2 de agosto de 2023. En ese sentido, los órganos de solución de controversias no constituyen una segunda vía cuando el interesado no recurrió a la prevista legalmente.
 - (iv) Antes de la vigencia de la Ley N° 29904 y de la metodología para calcular la retribución máxima, la reclamación de Best Cable consistente en que se apliquen dichas disposiciones a su relación jurídica con Enel, resulta un imposible jurídico y, por lo tanto, es improcedente.
 - (v) A partir de la vigencia de la Ley N° 29904 y hasta el mandato de compartición, la reclamación busca la determinación de la contraprestación a falta de acuerdo y a falta de solicitud de mandato al Consejo Directivo, por lo que resulta improcedente, al exceder la competencia de los órganos de solución de controversias.
6. Con fecha 29 de octubre de 2024, Best Cable interpuso recurso de apelación, contra la Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL de fecha 04 de octubre de 2024, sustentándose en los siguientes argumentos:
 - (i) Si bien el Contrato de Compartición es anterior a la entrada en vigor de la Ley N° 29904 y su reglamento, se debió tomar en consideración que la metodología de cálculo que utiliza para determinar los





costos por el arrendamiento de infraestructura no tiene base legal de ninguna naturaleza.

- (ii) Al momento de iniciar el procedimiento de compartición, el Consejo Directivo evaluó que, como empresa del sector de telecomunicaciones, cuenta con todos los títulos habilitantes para adecuar sus condiciones económicas a las que realmente corresponderían y son de obligatorio cumplimiento.
- (iii) Se habría dejado de lado que, como empresa del sector telecomunicaciones, se han visto perjudicados porque durante años han venido realizando pagos indebidos que no se ajustan al monto legal.
- (iv) La Resolución impugnada carece de objetividad, considerando los medios probatorios que no habrían sido debidamente analizados. En tal sentido, se ha vulnerado el debido proceso por ausencia de un adecuado análisis valorativo de los hechos, pruebas y una escasa motivación.

7. Mediante Memorando N° 000075-STCCO/2024, de fecha 05 de noviembre de 2024, la ST-CCO remitió los actuados a este Tribunal para que resuelva el recurso de apelación interpuesto por Best Cable.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. De acuerdo con los alcances del recurso de apelación, este Tribunal considera que la cuestión en discusión en el presente caso consiste en determinar si corresponde declarar improcedente la reclamación interpuesta por Best Cable o si la Resolución Impugnada debe ser revocada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Marco normativo de los regímenes de compartición de infraestructura

9. Actualmente existen dos regímenes que resultan aplicables a los titulares de infraestructura eléctrica que sirve de soporte para el despliegue de infraestructura de servicios públicos de telecomunicaciones, los cuales han sido establecidos en: 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”, y en la Ley N° 29904 “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica” (en adelante, Ley de Promoción de la Banda Ancha).
10. De acuerdo con la materia discutida en el presente procedimiento, corresponde abordar lo concerniente al régimen de la Ley de Promoción de la Banda Ancha ⁽¹⁾, la cual en su artículo 3, declara que la compartición de infraestructura bajo su ámbito es de necesidad pública e interés nacional, con la finalidad de facilitar el

1 En el presente apartado se abordará el régimen de compartición de infraestructura recaído en la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC), debido a que es la normativa que ha sido invocada por Best Cable para sustentar su reclamación, interpuesta mediante el escrito (registro SISDOC 57086-2024/MPV) de fecha 21 de agosto de 2024.





despliegue de las redes de telecomunicaciones que permitan la provisión de banda ancha fija y móvil:

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

(...)

ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.”

11. El artículo 13 de la Ley de Promoción de la Banda Ancha desarrolla el régimen de acceso y uso compartido de la infraestructura de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, disponiendo que los concesionarios de dichos servicios tienen la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha.
12. El numeral 13.4 de la misma norma precisa que este régimen de compartición de infraestructura se sujeta a determinadas condiciones. Para efectos de la presente controversia, resulta relevante considerar la condición prevista en el literal b) de dicho numeral, que señala lo siguiente:

“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

(...)

13.4 *El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:*

(...)

b. *El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.”*

(Énfasis agregado)

13. Asimismo, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha) dispone que los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura y que, en caso de falta de acuerdo en el plazo señalado, el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.
14. Conforme a dicho régimen legal, las referidas contraprestaciones no se encuentran abiertas a la absoluta libertad de determinación de las partes, sino que se sujetan a la regulación establecida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha. Haciendo especial énfasis en este aspecto, el numeral 30.4 del Reglamento precisa de manera expresa que el resultado que se obtiene de la Metodología constituye el precio máximo aplicable por las referidas contraprestaciones. Si bien se reconoce la posibilidad de que las





partes pacten un precio menor, lo cierto es que no podrían acordar ni aplicar libremente un precio que supere el máximo establecido por la referida Metodología, conforme se puede apreciar:

“Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de Hidrocarburos

(...)

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas”.

15. Cabe precisar que, ni la Ley N° 29904 ni su reglamento disponen que la metodología de determinación de las contraprestaciones y el precio máximo serán aplicables supletoriamente a otros regímenes diferentes a lo regulado en la mencionada Ley.

3.2. Sobre el Contrato de Utilización de Postes celebrado entre Best Cable y Enel

16. Best Cable es una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones, que cuenta con autorización del Ministerio de Transporte y Comunicación según Resolución Ministerial N° 0280-2018-MTC/01.03, para la prestación del servicio público de Distribución de Radiodifusión por Cable y del servicio de Portador Local. De igual forma, cuenta con el registro de valor añadido para la prestación del servicio de conmutación de datos por paquetes ⁽²⁾.
17. Por su lado, Enel es una empresa concesionaria de distribución del servicio público de electricidad, con área de concesión en el departamento de Lima.
18. Con fecha 31 de mayo de 2000, Best Cable (en dicho momento, CATV Systems) suscribió con Enel (en dicho momento, EDELNOR) un Contrato de Utilización de Postes de Alumbrado Público.
19. De la Cláusula Novena del mencionado Contrato se advierte que lo no dispuesto en el contrato, estaría regido por el Código Civil:

DECIMO NOVENA.- DE LA LEY APLICABLE

El presente contrato se rige por la Ley peruana. En lo que no se encuentre previsto en este contrato, se aplicarán supletoriamente las normas previstas en el Código Civil.

2. Mediante Resolución Ministerial N° 178-2001-MTC/15.03 se había otorgado a la empresa CATV SYSTEMS E.I.R.L. (actualmente, Best Cable S.A.C.) la concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable por el plazo de veinte (20) años en el área que comprende los distritos de Ancón, Puente Piedra y Santa Rosa de la provincia de Lima, del departamento de Lima y el distrito de Ventanilla de la provincia constitucional del Callao. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6501332/5672532-resolucion-ministerial-n-178-2001-mtc-15-03.pdf?v=1718823325>





20. En la Cláusula Tercera de este contrato ("De la Renta Pactada"), las partes acordaron que la renta mensual sería de USD 1,50 (Un y 50/100 dólares americanos) más el Impuesto General a las Ventas (IGV) por cada uno de los apoyos efectivamente usados que Enel autorice de acuerdo con el Contrato. Además, se pactó que la renta se reajustaría en un porcentaje de cinco por ciento (5%) del costo de apoyo.
21. De igual manera, en el Anexo 1 "Área de Concesión" se detalla que el servicio brindado por Best Cable sería el de distribución de radiodifusión por Cable:

<u>ANEXO 1</u>	
<u>AREA DE CONCESIÓN</u>	
SOLICITANTE	: DEMÓSTENES TERRONES FERNÁNDEZ
SERVICIO	: DISTRIBUCION DE RADIODIFUSION POR CABLE
El área de concesión comprende la Cooperativa La Fragata y el Asentamiento Humano Santa Maria, del distrito de San Juan de Lurigancho, de la Provincia de Lima, del Departamento de Lima.	

22. Así, con fecha 30 de setiembre de 2021, Best Cable y Enel suscribieron la Primera Adenda al Contrato de Utilización de Postes de Alumbrado Público (en adelante, Adenda), la cual modifica la Cláusula Segunda estableciendo que se extiende el plazo de vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de 2024 y que luego del vencimiento de dicho plazo, el Contrato quedaría automáticamente renovado por periodos sucesivos de un (1) año, a menos que alguna de las partes manifieste por escrito y por conducto notarial, su voluntad de no renovarlo, tres meses antes del vencimiento del contrato.
23. Respecto a la tarifa, esta fue modificada en esta Adenda de la siguiente manera: (i) desde el 01 de enero de 2021, la tarifa aplicable sería de USD 0.3 (30/100 dólares americanos) mensual por apoyo, y (ii) desde el 01 de setiembre de 2021, la tarifa aplicable sería de USD 0.2 (20/100 dólares americanos) mensual por apoyo.
24. En la Cláusula Tercera de la Adenda se deja constancia expresamente, de que las partes no modificaron las demás condiciones establecidas en el Contrato, que estas mantendrían su vigencia y serían plenamente exigibles, sin que existiesen más variaciones.

TERCERA: DISPOSICIONES GENERALES

- 3.1. Las Partes declaran expresamente que las demás condiciones establecidas en el Contrato no han sufrido modificación alguna, en virtud de lo cual mantienen plena vigencia y son totalmente exigibles entre las Partes, no existiendo más variaciones que las establecidas en el presente documento.

25. Conforme se ha podido observar, Best Cable y Enel celebraron el Contrato de Utilización de Postes y entre sus disposiciones más relevantes contiene: (i) el régimen legal aplicable, en el cual detallaron que estaría regido por el Código Civil en todo lo no regulado en el Contrato, (ii) la contraprestación, la cual sería de USD





1,50 (Uno y 50/100 dólares americanos) más IGV por apoyo autorizado con reajuste anual, y (iii) la duración del Contrato que sería de 20 años.

26. Posteriormente, Best Cable y Enel celebraron una Adenda al Contrato de Utilización de Postes, en la cual se modificó: (i) la contraprestación y (ii) la duración del contrato y sus prórrogas. Asimismo, las partes dejaron expresa constancia de que ningún otro extremo del Contrato de Utilización de Postes se entendería modificado.

3.3. Sobre la procedencia de la reclamación planteada por Best Cable

27. Mediante su reclamación, Best Cable solicitó la devolución del monto ascendente a S/ 1 171 355.07 (Un millón ciento setenta y un mil trescientos cincuenta y cinco con 07/100 soles), correspondiente a lo pagado por uso compartido de infraestructura desde el mes de noviembre de 2016, más el monto adicional que se pueda calcular de los años que no figuran en el Anexo 1-C, debido a que el Contrato con Enel fue celebrado el 31 de mayo de 2000.
28. Por su parte, en la Resolución Impugnada, el CCP ha señalado que el Contrato entre Best Cable y Enel fue suscrito, según su Cláusula Décimo Novena, bajo el marco legal del Código Civil, siendo que, con posterioridad se aprobó el vigente régimen especial que regula el uso compartido de infraestructura de electricidad por empresas de telecomunicaciones, bajo el marco de la Ley N° 29904 que fue publicada el 20 de julio de 2012.
29. Según el CCP, antes de la vigencia de la Ley N° 29904 y la metodología para calcular la retribución máxima, la reclamación de Best Cable consistente en que se apliquen dichas disposiciones a su relación jurídica con Enel, resulta un imposible jurídico y, por lo tanto, es improcedente.
30. Asimismo, el CCP manifestó que la Resolución de Consejo Directivo N° 00306-2023-CD/OSIPTEL de fecha 30 de octubre de 2023, mediante la cual el OSIPTEL dictó el mandato de compartición de infraestructura y estableció que la contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de Enel será calculada conforme a la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, surtió efectos a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, esto es, el 4 de noviembre de 2023.
31. Por lo tanto, el CCP advirtió que, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 29904 y sus disposiciones reglamentarias, Best Cable tuvo expedito su derecho de solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición ante la falta de acuerdo con Enel; sin embargo, recién lo hizo el 2 de agosto de 2023. En ese sentido, los órganos de solución de controversias no constituirían una segunda vía cuando el interesado no recurrió a la prevista legalmente.
32. Mediante su escrito de apelación, Best Cable señala que si bien el Contrato es anterior a la Ley N° 29904 y su Reglamento, los costos por arrendamiento de infraestructura no tendrían base legal alguna. La recurrente agrega que el Consejo Directivo ha evaluado que cumple con los títulos habilitantes y que ha adecuado sus condiciones económicas a las que corresponden legalmente. De esta manera, Best Cable estima que se habría visto perjudicada por los pagos indebidos que ha realizado, los cuales no se ajustarían al monto legal y, por lo expuesto, la





Resolución impugnada le causaría agravio al carecer de objetividad y contener una escasa motivación ⁽³⁾.

33. Para efectos de la presente controversia, el Tribunal considera importante tener en cuenta que el artículo 25 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha establece que los concesionarios tenían un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura y que, en caso de falta de acuerdo en el plazo señalado, el operador de telecomunicaciones podría solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.
34. Asimismo, un aspecto fundamental respecto a la Ley de Promoción de la Banda Ancha es que regula un régimen especial de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que solo puede ser aplicado para el despliegue de redes necesarias para la provisión de servicios de Banda Ancha. En ese sentido, para aplicación de este régimen especial tanto a los acuerdos como a los mandatos de las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, deben encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: (i) proveer servicios de Banda Ancha o (ii) desplegar redes para brindar servicios de Banda Ancha.
35. La normativa plasmada permite concluir que, para la aplicación de la Ley de Promoción de la Banda Ancha a una determinada relación jurídica debe existir un acuerdo de partes o, en su defecto, un mandato otorgado por el OSIPTEL; siempre que la compartición tenga la finalidad de proveer o desplegar redes para brindar servicios de Banda Ancha.
36. Teniendo presente estas disposiciones, resulta evidente que la evaluación de la reclamación planteada parte, en primer lugar, por constatar si el Contrato de Utilización de Postes o su respectiva Adenda cumplen con los presupuestos necesarios para la aplicación de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y su precio máximo. Para tales efectos, se dividirá esta revisión en los siguientes periodos:
 - (i) Desde la celebración del Contrato de Utilización de Postes hasta la entrada en vigor del régimen de la Ley N° 29904 y su Reglamento.
 - (ii) Desde la entrada en vigor del régimen de la Ley N° 29904 y su Reglamento hasta la celebración de la Adenda entre Best Cable y Enel.
 - (iii) Desde la celebración de la Adenda entre Best Cable y Enel hasta diciembre de 2023.
37. Con relación al (i) *primer periodo* se aprecia que el Contrato de Utilización de Postes fue celebrado el 31 de mayo de 2000, fecha en la que aún no se encontraba vigente la Ley N° 29904 ni su Reglamento. Al respecto, se advierte que las partes establecieron la contraprestación en la "*Cláusula Tercera: De la Renta Pactada*" en mérito a su autonomía de voluntad y libertad contractual, de esta manera, resulta

3 A mayor abundamiento, remitirse al numeral 6) de la presente Resolución, en donde se detallan los argumentos expuestos por Best Cable en su escrito de apelación de fecha 04 de octubre de 2024.





evidente que los órganos de solución de controversias no podrían inobservar el acuerdo entre las partes, ni aplicar retroactivamente una norma que aún no entraba en vigor al momento de su celebración ⁽⁴⁾. En consecuencia, respecto a este primer periodo, resulta palmario que la aplicación de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y su precio máximo no resulta jurídicamente viable.

38. En segundo lugar, respecto al (ii) *segundo periodo*, tal como se plasmó anteriormente, para la aplicación de la Ley N° 29904 en alguna relación jurídica en concreto, debe existir un acuerdo de partes o un mandato otorgado por el OSIPTEL, siempre que la compartición tenga la finalidad de proveer o desplegar redes para brindar servicios de Banda Ancha.
39. De la propia reclamación interpuesta por Best Cable ⁽⁵⁾ se aprecia que, aun con la entrada en vigor de la Ley N° 29904 y su Reglamento, las partes no introdujeron modificaciones en el Contrato de Utilización de Postes para la aplicación de la mencionada Ley y su metodología de cálculo en la determinación de la contraprestación (precio máximo).
40. Así, este Tribunal observa que el único acuerdo al que arribaron las partes, de forma posterior al Contrato de Utilización de Postes, fue la Adenda de fecha 30 de setiembre de 2021, la cual será analizada en los numerales siguientes correspondientes al (iii) *tercer periodo* y mediante la cual solo se modificó el monto de tarifa pactada y el plazo, sin incluir la aplicación de la Ley N° 29904 o su Reglamento.
41. De igual manera, en defecto de este acuerdo de partes, Best Cable no recurrió al OSIPTEL para la emisión de un mandato de compartición durante este periodo de análisis (recién el 26 de octubre de 2023 obtuvo el respectivo mandato, el cual fue publicado el 04 de noviembre del mismo año).
42. Asimismo, no se observa que esta compartición tuviese la finalidad de proveer o desplegar redes para brindar servicios de Banda Ancha, puesto que si bien Best Cable, mediante su reclamación, ha alegado que cuenta con Registro de Valor Añadido para prestar el servicio de Conmutación de Datos por Paquetes (internet), este habría empezado a comercializar el servicio de internet fijo de banda ancha

4 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado lo siguiente respecto al principio de irretroactividad de las leyes (artículo 62 de la Constitución): *“Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, **en general, para todo término contractual, éstos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase**”*. (Énfasis agregado) Tribunal Constitucional (2003) Sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC. 03 de octubre de 2003. Fundamento 35. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>

5 Numeral 4.10 de la Reclamación interpuesta por Best Cable (Escrito de fecha 21 de agosto de 2024) en donde señala que: *“BEST CABLE solicitó a ENEL la adecuación de la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición con la finalidad de que no exceda el precio máximo que se determina en aplicación correcta de la Metodología; sin embargo, **ENEL manifestó su negativa para que la retribución sea revisada y menos ajustada**. Por ello, el 15 de marzo, Best Cable solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición (...)”*. (Énfasis agregado)





recién desde enero de 2022 ⁽⁶⁾, a esto se añade que el servicio que se detalla en el Anexo I del Contrato de Utilización de Postes es el servicio de radiodifusión por cable ⁽⁷⁾, servicio que no posibilita la aplicación de la Ley N° 29904 y su respectiva metodología para la determinación de las contraprestaciones (precio máximo).

43. En consecuencia, respecto al *segundo periodo* lo solicitado también resulta un imposible jurídico dado que, conforme a los propios elementos de la reclamación interpuesta, el régimen jurídico que regula la Ley N° 29904 y su Reglamento no son aplicables al Contrato y a su Adenda, por las razones expuestas anteriormente.
44. Por último, respecto al (iii) *tercer periodo*, es pertinente traer a colación la Adenda suscrita el 30 de setiembre de 2021 por Best Cable y Enel, mediante la cual se modificó el plazo de vigencia del contrato y la tarifa de contraprestación, dejando expresa constancia de que las demás disposiciones del Contrato no se encontraban modificadas y continuaban vigentes.
45. Conforme a lo señalado anteriormente, pese a que ya se encontraba plenamente vigente la Ley N° 29904 y su Reglamento, el régimen jurídico o la contraprestación pactada en el Contrato de Utilización de Postes no fue modificada para incluir la aplicación de la metodología de cálculo regulada en el Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha.
46. Posteriormente, Best Cable recién recurrió a OSIPTel para la emisión de un mandato de compartición, mediante su solicitud del 2 de agosto de 2023. El respectivo mandato se emitió con fecha 26 de octubre de 2023 y fue aprobado mediante Resolución N° 306-2023-CD/OSIPTel:

“Se modifica la Cláusula Segunda. - “Objeto” de la Adenda de manera que la contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de Enel sea calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan “Listado de Precios Máximos más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo.

Adicionalmente, se precisa que las contraprestaciones mensuales unitarias son aplicables al acceso y uso de cada poste de Enel por parte de Best Cable para el soporte o instalación de un (1) cable o medio de comunicación, para la infraestructura ya instalada siempre y cuando permita la provisión del servicio de Banda Ancha, la cual será aplicable

⁶ Tal como consta en el Informe N° 00182-DPRC/2023, de fecha 26 de octubre de 2023 (anexo a la Resolución N° 306-2023-CD/OSIPTel, mediante la cual se otorgó el mandato entre Best Cable Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A) en donde se detalló: “Comercializar servicios de Banda Ancha: Desde enero de 2022, Best Cable comercializa el servicio de Internet fijo de Banda Ancha (individual y en dúo con el servicio de TV de paga), entre otras, con velocidades contratadas de 20, 30, 50, 100 y 200 Mbps, según se evidencia en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del Osiptel (SIRT)”.

⁷ Ello se complementa con el hecho de que, mediante Resolución Ministerial N° 178-2001-MTC/15.03 se había otorgado a la empresa CATV SYSTEMS E.I.R.L. (actualmente, Best Cable S.A.C.) la concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable por el plazo de veinte (20) años en el área que comprende los distritos de Ancón, Puente Piedra y Santa Rosa de la provincia de Lima, del departamento de Lima y el distrito de Ventanilla de la provincia constitucional del Callao. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6501332/5672532-resolucion-ministerial-n-178-2001-mtc-15-03.pdf?v=1718823325>





desde el primer día del mes siguiente a la fecha de publicación de la resolución que aprueba el presente Mandato.”

(Subrayado añadido)

47. El mandato de compartición fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2023 y entró en vigor al día siguiente de su publicación ⁽⁸⁾, y en aquel se señala que la Ley de Promoción de la Banda Ancha y su precio máximo resultan aplicables al Contrato de Utilización de Postes y a su adenda, únicamente a partir del mes de diciembre del 2023, sin modificar retroactivamente los acuerdos a los que arribaron las partes mediante la celebración del Contrato y su Adenda.
48. En consecuencia, respecto al *tercer periodo* la reclamación de Best Cable consistente en ordenar la devolución de un “pago en exceso” mediante la aplicación de la Ley N° 29904 y su respectiva metodología para la determinación de las contraprestaciones (precio máximo), este Tribunal considera que los elementos contenidos en la propia reclamación y la información disponible permiten sostener que lo pretendido por el referido administrado también resulta un imposible jurídico.
49. En este contexto, al Contrato de Utilización de Postes y su Adenda no le resultaba aplicable la Ley N° 29904 y su reglamento, sino hasta la entrada en vigor del mandato emitido por el OSIPTEL, en diciembre de 2023, el cual no se aplica retroactivamente.
50. El presente Tribunal toma en consideración que una reclamación será calificada como improcedente cuando el régimen legal vigente no prescriba el derecho invocado por el reclamante, por razón de no estar reconocido tal derecho o ser jurídicamente imposible el referido derecho ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

⁸ Informe N° 00182-DPRC/2023, de fecha 26 de octubre de 2023 (anexo a la Resolución N° 306-2023-CD/OSIPTEL) en donde se detalló: “Sin embargo, se recalca que el mandato de compartición entrará en vigor desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y, al tener naturaleza normativa, no cuenta con efectos retroactivos (...)”.

⁹ EXP Tribunal Constitucional (1998) Sentencia recaída en el Exp. N° 974-96-HC/TC. Caso María Esperanza Alcarraz Verástegui. 17 de junio de 1998. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00974-1996-HC.html>; la cual, en su considerando 3) plasmó lo siguiente: **“Que, en principio es “improcedente” una demanda cuando el régimen legal vigente no prescribe el derecho invocado por el demandante por razón de no estar reconocido tal derecho o por ser jurídicamente imposible el referido derecho, verbigracia falta de oportunidad en el tiempo (caducidad), de lugar (competencia), falta de agotamiento de la vía previa, falta de legitimidad o interés para obrar, de razonabilidad entre los hechos y el petitorio. Es “inadmisibles” una demanda cuando carezca de los requisitos que la ley exige; pero pasible de ser subsanados. Es “fundada” una demanda cuando se ha probado la afirmación de los hechos alegados por el demandante que configuran el derecho invocado reconocido por ley; caso contrario, se debe declarar infundada cuando no se prueba los hechos anotados como el presente caso.”** (Énfasis agregado)

10 REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Artículo 64.- Inadmisibilidad e improcedencia

El Cuerpo Colegiado puede declarar la inadmisibilidad de la reclamación que no sea presentada con arreglo al artículo 63, otorgando un plazo de cinco (5) días para subsanar. Asimismo, el Cuerpo Colegiado puede declarar improcedente la reclamación; (...) (ii) que versen sobre temas que no son competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resulte aplicable. (...)”

CÓDIGO PROCESAL CIVIL





51. Así, la causal consistente en que el petitorio sea jurídicamente imposible se entiende como aquella situación que no puede ser objeto de tutela, es decir, la petición constituye un absurdo jurídico ⁽¹¹⁾. En otras palabras, un petitorio jurídicamente imposible es definido como aquel que no se adecua o no guarda correspondencia con el marco legal existente, es contrario o incompatible con este ⁽¹²⁾.
52. Considerando los fundamentos expuestos, de los propios términos de la reclamación interpuesta por el administrado se desprende que esta resulta jurídicamente imposible, puesto que no es posible determinar un “pago en exceso” y aplicar el precio máximo que establece el Reglamento de la Ley N° 29904, dado que el Contrato y su Adenda fueron celebrados fuera del alcance de dicho régimen, por lo tanto, la reclamación interpuesta por Best Cable resulta improcedente y corresponde confirmar la Resolución Impugnada.

SE RESUELVE:

Artículo Primero. – DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por Best Cable Perú S.A.C., en consecuencia, corresponde CONFIRMAR la Resolución N° 00025-2024-CCP/OSIPTEL de fecha 04 de octubre de 2024, emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, que declaró IMPROCEDENTE la Reclamación presentada por Best Cable Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A; conforme a los fundamentos expuestos en esta resolución.

Artículo Segundo. - Notificar la presente resolución a las empresas Best Cable Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.

“Artículo 427.- Improcedencia de la demanda

El juez declara improcedente la demanda cuando: 5.- El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible”.

- 11 Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2022) Casación N° 3897-2018 Ica. 11 de agosto del 2022. La cual, en su considerando noveno expone lo siguiente: *“Noveno.- Habiéndose determinado lo pertinente al debido proceso, es necesario establecer si este principio se ha visto vulnerado así como el derecho a la debida motivación; en ese sentido tenemos que las instancias de mérito han resuelto por la improcedencia de la demanda amparados en el artículo 427 inciso 5 del Código Procesal Civil, esto es, por la causal consistente en que el petitorio es física y jurídicamente imposible, entendiéndose dicha causal como aquella situación que no puede ser objeto de tutela jurisdiccional; es decir, la petición constituye un absurdo jurídico”.* (Énfasis agregado)
- 12 MURO ROJO, Manuel. (2018) Compendium Procesal Civil. Tomo II.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. –

Con el voto favorable de la señora vocal Milagritos Pilar Pastor Paredes, y los señores vocales Rafael Alejandro Vera Tudela Wither, Richard Mark Sin Porlles, José Julio Mendoza Antezana y Jorge Francisco Li Ning Chaman en la Sesión N° 597 de fecha 02 de diciembre de 2024.

Firmado digitalmente por:
PASTOR PAREDES
Milagritos Pilar FAU
20216072155 soft

**MILAGRITOS PILAR PASTOR PAREDES
PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS**

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

