

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 010-2015-CCO/OSIPTEL**

Lima, 05 de enero de 2015

EXPEDIENTE	002-2014-CCO-ST/CI
MATERIA	ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUTURA
ADMINISTRADOS	MULTIVISIÓN S.R.L. SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 062-2014-CD/OSIPTEL para resolver la controversia entre Multivisión S.R.L. (en adelante, MULTIVISIÓN) y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL) en materia de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

VISTO:

El Expediente 002-2014-CCO-ST/CI.

CONSIDERANDO**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS****Empresa reclamante**

MULTIVISIÓN es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

MULTIVISIÓN es titular de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° RM 499-2000-MTC/15.03 y sus modificatorias; la cual fue adecuada al régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional, mediante Resolución Ministerial N° RM 535-2009-MTC/03 de fecha 24 de julio de 2009.

Empresa reclamada

SEAL es una empresa estatal de derecho privado bajo el ámbito de FONAFE, dedicada principalmente a la distribución y comercialización de energía eléctrica en su zona de concesión.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Con fecha 28 de agosto de 2013, SEAL celebró un “Contrato de Compartición de Infraestructura” con MULTIVISIÓN por el uso de sus postes instalados en la vía

pública dentro de su zona de concesión en Arequipa, para el tendido y soporte de cables y accesorios de planta externa de MULTIVISIÓN.

2.2. Con fecha 05 de mayo de 2014, MULTIVISIÓN interpone reclamación contra SEAL por discrepancias derivadas de la aplicación de las normas de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, específicamente la Ley N° 28295, Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Ley N° 28295) y su Reglamento¹, con las siguientes pretensiones:

- (i) Se realice la correcta interpretación de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de fecha 28 de agosto de 2013, celebrado entre MULTIVISIÓN Y SEAL, de conformidad con la Ley N° 28295 y su Reglamento, con la finalidad de efectuar la correcta liquidación para el pago del arrendamiento de infraestructura.
- (ii) Se revise la fórmula que determina la contraprestación correspondiente al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público asociada a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones establecida en el contrato antes mencionado.
- (iii) Se sustente de manera técnica y legal, las razones por las cuales SEAL ha cambiado de metodología de cálculo y la forma como ha determinado las nuevas tarifas por el arrendamiento de infraestructura.
- (iv) Se fije, de ser el caso, la metodología y la tarifa correcta y legal a aplicarse por el arrendamiento de la infraestructura a SEAL.
- (v) Se incluya dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables, la cual se encuentra establecida en el artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 28295.
- (vi) Que los pagos que se realicen a SEAL se consideren como pagos a cuenta hasta que se defina la procedencia o no de la metodología y tarifas fijadas por ésta.

2.3. Mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, de fecha 21 de mayo de 2014, el Cuerpo Colegiado resuelve admitir a trámite la reclamación interpuesta por MULTIVISIÓN y corrió traslado de ésta a SEAL, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles para que conteste la reclamación.

Asimismo, en la mencionada resolución el Cuerpo Colegiado dispuso la tramitación del procedimiento conforme a las normas del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas², aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, (en adelante Reglamento de Solución de Controversias) que rigen los procedimientos que no involucran la comisión de una infracción.

2.4. Con fecha 17 de junio de 2014, SEAL contestó la reclamación presentada por MULTIVISIÓN.

2.5. La Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica), mediante oficio N° 135-STCCO/2014 de fecha 20 de junio de 2014, corrió traslado de la contestación de la reclamación a MULTIVISIÓN.

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.

² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

- 2.6. Mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL, de fecha 01 de julio de 2014, el Cuerpo Colegiado dio inicio a la Etapa de Conciliación, citando a las partes a la Audiencia de Conciliación, la cual que se realizó con fecha 17 de julio de 2014, sin que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio.
- 2.7. Posteriormente, mediante Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL del 31 de julio de 2014, el Cuerpo Colegiado dispuso poner en conocimiento de las partes el inicio de la Etapa Probatoria, dando por concluida la etapa conciliatoria, y citó a sus representantes a la Audiencia de Pruebas que debía realizarse el día viernes 15 de agosto de 2014. Sin embargo, por escrito de fecha 07 de agosto de 2014, SEAL solicitó la reprogramación de la Audiencia de Pruebas.
- 2.8. A través de la Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 08 de agosto de 2014, el Cuerpo Colegiado atendió el pedido de SEAL, reprogramando la Audiencia de Pruebas para el día 20 de agosto de 2014.
- 2.9. Con fecha 20 de agosto de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual, el Cuerpo Colegiado admitió los medios probatorios ofrecidos por MULTIVISIÓN y SEAL, en sus escritos de fecha 05 de mayo de 2014 y 17 de junio de 2014, respectivamente, sin que los representantes de las partes realizaran alguna observación. Asimismo, en dicha oportunidad, la representante de SEAL señaló haber presentado un escrito remitiendo nuevos medios probatorios el mismo día de la Audiencia de Pruebas.³
- De otro lado, en la Audiencia de Pruebas el Cuerpo Colegiado se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio.
- 2.10. El 26 de agosto de 2014, SEAL envió la presentación proyectada en la Audiencia de Pruebas de fecha 20 de agosto de 2014.
- 2.11. Mediante escrito de fecha 01 de setiembre de 2014, MULTIVISIÓN remitió alegaciones respecto a lo señalado en la Audiencia de Pruebas y solicitó el uso de la palabra, ante lo cual, la Secretaría Técnica indicó que se programaría día y hora para Informe Oral, luego de culminada la Etapa Probatoria.
- 2.12. En atención a lo anterior, mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de setiembre de 2014, notificada a SEAL el 23 de setiembre de 2014 a través del Oficio N° 202-STCCO/2014, el Cuerpo Colegiado requirió a SEAL la presentación de diversa información que coadyuve a resolver la presente controversia otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de dicha Resolución.
- 2.13. Mediante escrito presentado con fecha 01 de octubre de 2014, SEAL solicitó se le otorgue una prórroga al plazo inicialmente establecido a fin de poder brindar toda la información requerida, ante lo cual, mediante Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado concedió una prórroga de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de la fecha en que vencía el plazo inicialmente otorgado mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL.

³ Cabe indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 56° del Reglamento de Solución de Controversias, las partes podrán presentar medios probatorios adicionales hasta el cierre de la Audiencia de Pruebas, siendo que el Cuerpo Colegiado evaluará la pertinencia de los medios probatorios al momento de emitir Resolución Final.

2.14. Con fecha 15 de octubre de 2014, SEAL absolvió el requerimiento de información realizado mediante Resolución N° 005-2014-CCO-ST/CI.

2.15. Mediante Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado solicitó a SEAL (i) la confirmación de la existencia o no de un contrato vigente entre ésta y América Móvil Perú S.A.C. para el acceso y compartición de su infraestructura de uso público, y (ii) la remisión, de ser el caso, del referido contrato incluyendo sus respectivas adendas.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado dispuso incorporar al expediente el Oficio N° 208-STCCO/2014, de fecha 25 de setiembre de 2014 remitido por la Secretaría Técnica y el Oficio N° 8547-2014-OS-GFE de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin. En el referido Oficio, la Secretaría Técnica, por encargo del Cuerpo Colegiado, requirió a Osinergmin un informe sobre aspectos técnicos y económicos involucrados en el presente procedimiento, ante lo cual, Osinergmin remitió el Oficio N° 8547-2014-OS-GFE.

2.16. Con escrito de fecha 27 de octubre de 2014, SEAL señaló que por un error involuntario no había cumplido con remitir el contrato correspondiente a la relación entre ésta y América Móvil Perú S.A.C. (antes Telmex Perú S.A.), razón por la cual cumplía con remitir el referido contrato y sus respectivas adendas, cumpliendo así con el requerimiento realizado por el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL.

2.17. Mediante Resolución N° 008-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado incorporó al expediente, el Oficio N° 225-STCCO/2014 emitido por la Secretaría Técnica y el escrito de SEAL de fecha 28 de octubre de 2014. En el referido oficio, la Secretaría Técnica solicitó a SEAL confirmar la existencia o no de un contrato vigente entre ésta y Producciones Willy's E.I.R.L., dado que SEAL habría remitido un contrato no vigente. Ante ello SEAL remitió un nuevo contrato celebrado con Producciones Willy's E.I.R.L. con fecha 27 de octubre de 2014.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado resolvió dar por concluida la Etapa Probatoria y otorgar a las partes el plazo de siete (7) días hábiles, a efectos que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos finales y/o soliciten el uso de la palabra. Además, se encargó a la Secretaría Técnica la programación del Informe Oral solicitado por MULTIVISIÓN.

2.18. Con fecha 11 de noviembre de 2014, SEAL presentó sus alegatos escritos, solicitando además, el uso de la palabra.

2.19. En atención a las solicitudes de uso de la palabra de MULTIVISIÓN y SEAL, el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 009-2014-CCO/OSIPTEL, resolvió citar a las partes para que por medio de sus representantes debidamente acreditados, participen en el Informe Oral, el cual se llevó a cabo el día lunes 24 de noviembre de 2014.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

- (i) Determinar si corresponde al Cuerpo Colegiado revisar la contraprestación establecida en el contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de

fecha 28 de agosto de 2013 y establecer la metodología y la tarifa a aplicarse por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL.

- (ii) Determinar si ha existido una inadecuada interpretación por parte de SEAL de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura, referida al término “apoyo”.
- (iii) Determinar si correspondía a SEAL sustentar de manera técnica y legal, las razones por las cuales ha cambiado de metodología de cálculo para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura.
- (iv) Determinar si corresponde incluir dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables, establecida en el artículo 6° del Reglamento de la Ley de Compartición de Infraestructura.
- (v) Determinar si corresponde que los pagos que se hayan realizado a SEAL por MULTIVISIÓN se consideren como pagos a cuenta.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1. Posición de MULTIVISIÓN

En el curso del presente procedimiento, MULTIVISIÓN ha señalado lo siguiente respecto a los puntos controvertidos⁴:

a) Respecto a si corresponde al Cuerpo Colegiado revisar la contraprestación establecida en el contrato de compartición entre SEAL y MULTIVISIÓN y establecer la metodología y la tarifa a aplicarse por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL.

- El contrato N° GG/AL-331-2013-SEAL, contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicio público de telecomunicaciones suscrito entre SEAL y MULTIVISIÓN ha sido elaborado bajo los parámetros de la Ley N° 28295 y su Reglamento. Asimismo, a pesar de que en la Audiencia de Pruebas SEAL indicó que la tarifa contenida en el mencionado contrato fue obtenida a través de un acuerdo de negociación, tanto en su escrito de contestación como en la carta N° SEAL GG/OP-0025/2013 de fecha 16 de enero de 2013, SEAL ha manifestado que ésta fue elaborada de acuerdo a la Ley N° 28295 y su Reglamento.
- Según el Reglamento de Solución de Controversias, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia surgida por las acciones u omisiones sobre la aplicación de la Ley N° 28295 y su Reglamento en los contratos de acceso y uso de infraestructura. Asimismo, en la cláusula vigésima del contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL se estipuló que ambas empresas se comprometían en someterse a la competencia del OSIPTEL en el caso de tener algún tipo de controversia que surja en la ejecución de éste.
- De acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 28295, el Cuerpo Colegiado tiene la facultad de establecer la metodología y la tarifa a aplicarse por

⁴ (i) Escrito N° 1 presentado el 05 de mayo de 2014, (ii) Presentación proyectada en la Audiencia de Pruebas de fecha 20 de agosto de 2014, (iii) Escrito N° 2 presentado el 01 de septiembre de 2014 y (iv) Presentación proyectada en la Audiencia de Informe Oral de fecha 24 de noviembre de 2014.

el arrendamiento del uso de infraestructura, utilizando los parámetros establecidos en dichas normas, y de acuerdo a dicha tarifa límite, negociar el monto a pagar por el arrendamiento, en conformidad con lo establecido en el Principio de Onerosidad de la Participación.

- En el Decreto Legislativo N° 1019, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de acceso a la infraestructura de los proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones, la ley es expresa en relación a la contraprestación que debe de regir para el uso de infraestructura y para la solución de controversias que surjan de la ejecución de sus contratos de arrendamiento, los cuales coinciden en criterio con lo establecido en la Ley N° 28295 y su Reglamento.
- En el Informe de la comisión creada por la primera disposición final de la Ley N° 28295 de marzo de 2005 “Informe respecto de la metodología de cálculo que será utilizada en la fijación de tarifas para la compartición de infraestructura de uso público” se señala que actualmente la infraestructura de las redes eléctricas ya se encuentran remuneradas por los usuarios del sector eléctrico, por lo cual el costo o compensación por el uso compartido de las redes eléctricas solo debe de corresponder al costo adicional incurrido por prestar dicho servicio.
- Las tarifas cobradas por SEAL son excesivas y han originado que los costos de MULTIVISIÓN se incrementen en más del 200%, lo cual pone en grave riesgo su permanencia en el mercado. Asimismo, considerando las tarifas y los costos de los postes más instalación, SEAL recuperaría su inversión en 122 meses para los postes de baja tensión y 136 meses para los de media tensión; es decir, recuperaría su inversión total en aproximadamente la tercera parte de su vida útil.
- Por otro lado, cabe agregar que MULTIVISIÓN cumple con contar con la restricción administrativa exigida en la Ley N° 28295, prueba de esto se adjuntó a la reclamación, la carta de respuesta de la municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero de fecha 11 de julio de 2013 y las cartas de fecha 30 de setiembre de 2013 enviadas por MULTIVISIÓN a las municipalidades de Paucarpata y Socabaya, las cuales no obtuvieron respuesta.

Sobre la actuación de SEAL y MULTIVISIÓN en la negociación del contrato de compartición

- Al vencerse el contrato N° GG/AL.104-2010-SEAL, MULTIVISIÓN solicitó en repetidas ocasiones a SEAL la renovación de éste; sin embargo, SEAL se negó argumentando que como consecuencia del Proyecto de la Red Nacional de Fibra Óptica se utilizaría toda la infraestructura de las empresas eléctricas.
- Si bien SEAL finalmente accedió a firmar el contrato de compartición, demostró su falta de interés al establecer obstáculos como el incremento de los costos y la modificación del concepto de apoyo, fijándose este último como unidad de medida para el cobro del alquiler y diferenciando entre apoyo en poste de baja tensión y apoyo en poste de media tensión.
- A pesar de no estar de acuerdo con las condiciones impuestas por SEAL, MULTIVISIÓN se vio coaccionada a firmar el contrato de compartición tras una campaña de hostilización iniciada por SEAL, en la cual se llegó a denunciar y a prohibir el acceso a su infraestructura a MULTIVISIÓN.

b) Respecto a si ha existido una inadecuada interpretación por parte de SEAL de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura, referida al término “apoyo”.

- En los contratos anteriores entre MULTIVISIÓN y SEAL, como el contrato CAL-093/2003-SEAL (vencido el 30 de junio de 2012) y el GG/AL 104-2010-SEAL

(vencido el 30 de junio de 2010), se define correctamente el concepto de apoyo, entendiéndose así al punto de soporte o anclaje (ferretería), mientras que la unidad de medida para el cobro de la tarifa era el poste y además se pagaba por fuente de poder por el espacio adicional alquilado en el poste, así en términos generales el pago por el arrendamiento de postes se da por el punto de apoyo.

- En contratos similares entre otras empresas, como en el contrato de utilización de postes de alumbrado público suscrito entre EDELNOR y VIETTEL PERÚ S.A.C de fecha 26 de enero de 2012, se define el término apoyo como *“ferretería instalada en poste de baja tensión para el soporte de un cable de comunicación”*. Mientras que en el contrato de arrendamiento de puntos de apoyo en postes suscrito entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y CAB PERÚ E.I.R.L. de fecha 30 de enero de 2012 se define el arrendamiento de puntos de apoyo como *“(aquellos) que permite que cualquier cable u otro elemento activo o pasivo, requerido para la transmisión de la señal de televisión por cable, se encuentre en contacto directo o sea soportado en un poste que es una infraestructura ya instalada por TELEFONICA”*. En ese sentido, mientras que TELEFÓNICA y EDELNOR cobran por el apoyo en el que pueden soportarse cables o elementos de red, SEAL pretende cobrar por cada elemento de red como apoyo, así todos se soporten en un elemento único.
- Por otro lado, SEAL considera el concepto de apoyo como elemento de red según el artículo 5º inciso 4 del Decreto Legislativo N° 1019; sin embargo, dicho término no figura ni es compatible a lo desarrollado en la Ley N° 28295, debido a que ni en esa Ley ni en la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica, (en adelante, Ley de Banda Ancha) y su Reglamento se tiene en consideración la cantidad de cables que se soportan, considerando solo el concepto de alquiler de infraestructura.
- MULTIVISIÓN pretende que se respete el contrato de compartición anterior en el cual se entiende como punto de apoyo donde instalar una ferretería que sirva de apoyo y/o soporte a los elementos de red que emplea para brindar el servicio de televisión por cable. En ese sentido, después de hacer diversas pruebas con el fin de demostrar que los esfuerzos a los que son sometidos los postes eléctricos por la instalación adicional de cables de telecomunicación son despreciables en relación a la capacidad técnica de éste, se comprobó que a pesar de que MULTIVISIÓN coloque 4 cables (4 “apoyos” según SEAL), estos no generan un esfuerzo considerable, por lo que el cobro por cable o elemento de red que se soporta en los postes al que hace mención SEAL no tiene sustento.

c) Respecto a si corresponde a SEAL sustentar de manera técnica y legal las razones por las cuales ha cambiado de metodología de cálculo para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura.

- MULTIVISIÓN solicitó a SEAL, en mérito a la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, una copia del informe técnico u algún otro documento que sustente los cálculos o la contraprestación que se estableció en el contrato de compartición. Sin embargo, mediante carta N° GG/AL-063-2013-SEAL de fecha 05 de abril de 2013, SEAL respondió que la información requerida tenía carácter confidencial.
- Respecto a los criterios que aplicó SEAL para cambiar la metodología de cálculo, ésta empresa indicó que se trataba de un secreto comercial, a pesar de que dicha fórmula está consignada en la Ley N° 28295 y su Reglamento.
- Al no remitir a MULTIVISIÓN la información que sustenta de manera técnica y legal las razones por las cuales ha cambiado la metodología de cálculo de las tarifas, SEAL estaría vulnerando los principios de Eficiencia y Acceso a la información contenidos en la Ley N° 28295 y su Reglamento, y además no habría

brindado las condiciones necesarias para llevar a cabo una negociación legal y en condiciones similares, vulnerando el derecho a obtener una tarifa razonable por el uso de infraestructura en un marco de igualdad.

- Por lo tanto, es necesario que SEAL explique los criterios que se aplicaron para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura, con el fin de determinar la legalidad de la tarifa y el uso adecuado del término apoyo.

d) Respecto a si corresponde incluir dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables, establecida en el artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 28295.

- La Ley N° 28295 y su Reglamento establecen de manera imperativa la inclusión de la cláusula de adecuación de condiciones más favorables en los contratos y mandatos de compartición. En ese sentido, a pesar de no haber sido contemplado en el contrato de compartición entre SEAL y MULTIVISIÓN, corresponde su inclusión en éste.

e) Respecto a considerar los pagos que se hayan realizado a SEAL por MULTIVISIÓN como pagos a cuenta.

- MULTIVISIÓN no estuvo pagando una tarifa que se ajuste a lo dispuesto por la Ley N° 28295 y su Reglamento, ni a las normas que regulan el sector de telecomunicaciones. Cabe agregar que, a pesar de haberse efectuado dicho pago, esto no es señal de conformidad.
- De ser declarada fundada la presente reclamación, el OSIPTEL debe realizar una liquidación de aquello que MULTIVISIÓN estaría pagando en exceso y considerar la diferencia como pagos a cuenta.

4.2. Posición de SEAL

SEAL ha señalado que las reclamaciones de MULTIVISIÓN deben ser declaradas IMPROCEDENTES de pleno derecho al no encontrarse amparadas en ninguna norma legal ni en el contrato de compartición que firmaron ambas empresas. Al respecto, en el curso del presente procedimiento⁵, argumentó lo siguiente:

a) Respecto a si corresponde al Cuerpo Colegiado revisar la contraprestación establecida en el contrato de compartición entre SEAL y MULTIVISIÓN y establecer la metodología y la tarifa a aplicarse por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL.

- El Cuerpo Colegiado no tiene competencia de revisar la fórmula que determina la contraprestación puesto que nos encontramos frente a un contrato de compartición en el cual prima la voluntad de las partes.
- De acuerdo a la Ley N° 28295 y su Reglamento, el acceso a la infraestructura de uso público se puede realizar bajo dos modalidades: Por acuerdo entre las partes y, en su defecto, por mandato. Al respecto, MULTIVISIÓN estuvo de acuerdo con los términos contractuales, prueba de ello es la suscripción del contrato de compartición con SEAL, producto del acuerdo al que llegaron tras un periodo de negociación; caso contrario, hubiera iniciado un mandato de compartición para que sea el OSIPTEL quien fije las tarifas y los acuerdos comerciales.

⁵ (i) Escrito N° 1 de fecha 17 de junio de 2014. (ii) Presentación proyectada en la Audiencia de Pruebas de fecha 20 de agosto de 2014. (iii) Escrito S/N presentado el 11 de noviembre de 2014. (iv) Presentación proyectada en la Audiencia de Informe Oral de fecha 24 de noviembre de 2014.

- En la cláusula décimo novena del contrato de compartición, las partes acordaron que éste contiene todos los acuerdos que adoptaron y prevalecería sobre cualquier negociación, oferta, acuerdo, entendimiento, convenio o contrato. Asimismo, según el artículo 1362º del Código Civil los contratos son negociados y ejecutados de acuerdo a las reglas de buena fe y común intención de las partes.
- La Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL es aplicable para los casos de mandato de compartición, tal como lo señalan sus artículos 1º y 2º. En ese sentido, al existir un contrato de compartición, prevalece la voluntad expresada en él, y no lo señalado por el OSIPTEL, como pretende MULTIVISIÓN.
- En el contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL no se indica ninguna fórmula o metodología para el cálculo del arrendamiento de infraestructura, siendo que los términos contractuales han sido acordados entre las partes.
- MULTIVISIÓN estaría solicitando la aplicación de tarifas de manera diferenciada a las demás empresas, sin sustento técnico y legal, lo que resultaría una vulneración del principio de no discriminación contenido en el artículo 7º de la Ley N° 28295.
- Es necesario tener presente la posición del Osinergmin, en el oficio N° 8547-2014-OS-GFE, emitido por la Gerencia Eléctrica de Osinergmin, respecto a los aspectos económicos de la información para el análisis de compartición de postes de baja y media tensión, y lo mencionado por el OSIPTEL en el Informe N° 491-GPRC/2014, de fecha 02 de octubre de 2014, sobre que la participación del OSIPTEL es de naturaleza subsidiaria en el procedimiento de emisión de mandato de compartición y solo procede en los supuestos del artículo 5º de la Ley N° 28295.

Sobre la conducta de SEAL y MULTIVISIÓN en la negociación del Contrato de Compartición

- SEAL ha tenido la intención de continuar con el contrato, a diferencia de lo afirmado por MULTIVISIÓN. Al respecto, la suscripción de sendos contratos de alquiler entre ambas empresas demuestra la intención de permanecer obligadas y la actuación de buena fe, siendo esta reclamación de MULTIVISIÓN, la primera que existe durante el periodo contractual.
- La actuación de SEAL ha quedado registrada en el expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/MC mediante el cual esta empresa solicitó al OSIPTEL un mandato de compartición. No obstante, fue por la voluntad de MULTIVISIÓN que se llegó a un acuerdo siempre que SEAL se desistiera, lo cual queda acreditado en la Resolución de Consejo Directivo N° 160-2013-CD/OSIPTEL. En ese sentido, después de suscribir el contrato de compartición y obligar a SEAL a desistirse de la solicitud de mandato de compartición, ahora MULTIVISIÓN pretende desconocer los acuerdos adoptados y solicita las modificaciones de las cláusulas de éste.
- MULTIVISIÓN ha utilizado infraestructura de SEAL sin contar con su autorización; en razón a ello, firmaron el Acta de Conciliación de uso compartido de estructuras de fecha 28 de noviembre de 2013, en el cual establecieron la cantidad de estructuras y apoyos que han sido utilizados sin autorización de SEAL.

b) Respecto a si ha existido una inadecuada interpretación por parte de SEAL de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura, referida al término “apoyo”.

- SEAL está interpretando la cláusula segunda y cuarta del contrato de compartición de conformidad con la Ley N° 28295 y su Reglamento y la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL brindando las mismas condiciones a todas las empresas con las que ha contratado.

- Según el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295 si el beneficiario requiere utilizar más de un punto de apoyo deberá retribuir la renta correspondiente por cada apoyo. MULTIVISIÓN ha hecho un uso abusivo de las instalaciones de SEAL perjudicando a otras empresas que pretendían utilizar tal infraestructura. Así, considerando el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, se consideró pertinente alquilar por punto de apoyo.
- El término apoyo es utilizado en los contratos entre empresas eléctricas y operadoras de telecomunicaciones para señalar que el alquiler solo es por un elemento activo o pasivo de la red de telecomunicaciones, debido a que la instalación de mayores elementos reducen la vida útil del poste y producen deficiencias en las estaciones eléctricas de distribución.
- Se puede definir el punto de apoyo y la renta tomando como referencia los contratos adjuntados por MULTIVISIÓN, en especial, se citan las cláusulas segunda y tercera del Contrato entre EDELNOR y VIETTEL.
- Para SEAL se entiende por apoyo al soporte, anclaje, suspensión de un elemento activo de las redes de telecomunicaciones u otros en un poste. Además, es conocido como espacio de cubicación o de uso, según el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, pero en ésta no se distingue o especifica hasta cuántos elementos de una red pueden ser instalados en este espacio, produciéndose una sobrecarga en la infraestructura.
- SEAL aplica la misma definición de apoyo a todos los contratos que mantiene con empresas de telecomunicaciones. Según el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura será únicamente por el espacio que el beneficiario requiera para brindar su servicio y no por todo el espacio disponible como lo pretende SEAL.

c) Respecto a determinar si corresponde a SEAL sustentar de manera técnica y legal las razones por las cuales ha cambiado de metodología de cálculo para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura.

- El sustento técnico y legal de las tarifas de SEAL ha sido acreditado en el artículo 34° de la Ley N° 28295 y 3.5 de la Resolución Directoral 031-2013-DGE, así como en la concesión que esta empresa mantiene.
- Para la metodología de cálculo se ha considerado lo dispuesto por el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295. Asimismo, las nuevas tarifas incluidas en el contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL han sido producto del acuerdo entre las partes tomando como referencia el modelo propuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL.
- Cabe agregar que, MULTIVISIÓN aceptó la propuesta tarifaria de SEAL considerando la finalización de los contratos Nos. G AL-093/2003-SEAL y GG/AL.104.2010-SEAL y a que el cobro de \$ 1.00 por poste y \$ 1.60 por fuente de poder no cubrían los costos de inversión y mantenimiento de las estructuras.
- Sobre la diferencia en los postes, aquellos que deben soportar mayores esfuerzos son más robustos, por esa razón son fabricados con mayor cantidad de material y sus costos son mayores como se muestra en la tabla del SICODI 2008 (utilizada para establecer las tarifas referenciales), además a mayor altura del poste el costo es mayor.

Con el fin de especificar la cantidad de apoyos a considerar en la contraprestación fijada en el contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL se tomó en cuenta lo siguiente:

- Según normatividad vigente: En el artículo 34º del Reglamento de la Ley N° 28295 se señala que “...*toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.*” Así, las empresas de telecomunicaciones como MULTIVISIÓN adicionan mayores ferreterías no solo para sujetar cables coaxiales, sino también para cambiar o derivar la dirección de los mismos, ocupando un mayor espacio en la estructura y reduciendo la capacidad de uso a SEAL y otras empresas conllevando la vulneración de los principios de libre acceso, neutralidad y no discriminación.
- Según sustento técnico: la instalación de equipamientos y cables de telecomunicaciones someten a la estructura a mayores esfuerzos y reduce la distancia de seguridad respecto al suelo, lo cual conlleva una mayor revisión de SEAL para el cumplimiento de los parámetros fijados por los reguladores e incrementan sus costos de operación y mantenimiento que de ignorarse originarían la imposición de multas por parte del ente fiscalizador⁶. Asimismo, el soporte de los elementos activos y pasivos de la red de telecomunicaciones reduce la vida útil de los postes.
- Según beneficio económico: La instalación de un cable de telecomunicaciones adicional genera un beneficio económico adicional a las empresas de telecomunicaciones. En relación a ello, tener un segundo apoyo en los postes de SEAL, genera nuevos clientes y una mayor utilidad.

Las consecuencias de no cobrar por punto de apoyo:

- La indiscriminada utilización de la infraestructura perteneciente a SEAL sometiendo a los postes a esfuerzos por encima de su carga de diseño y poniendo en riesgo: (i) La seguridad de la instalación y la del personal de operaciones, (ii) La operación y mantenimiento de los sistemas de distribución de energía eléctrica y, con ello la continuidad del suministro de energía eléctrica.
- Se vulnera la distancia mínima de seguridad establecida en el Código Nacional de Electricidad Suministro – 2011.
- Se pondría en riesgo los principios de la Ley N° 28295 como el principio de complementariedad de redes y el Principio de no discriminación.
- La vulneración del artículo 7º del Reglamento de la Ley N° 28295, respecto a que el solicitante de acceso debe cumplir con las exigencias técnicas, de operación, administrativas, de seguridad y ambientales que se encuentran establecidas en las normas del sector.

d) Respecto a si corresponde incluir dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables, establecida en el artículo 6º del Reglamento de la Ley N° 28295.

- La cláusula de adecuación de condiciones más favorables tiene como presupuesto la existencia de condiciones de contratación más favorables con otros usuarios. En ese sentido, la mencionada cláusula no sería aplicable en el presente caso, debido a que SEAL ha uniformizado las condiciones pactadas con MULTIVISIÓN en todos sus demás contratos.

⁶ Se citan dos Resoluciones de Osinergmin, la Resolución N° 228-2009-OS/CD, en la cual se señala que la inclinación del poste en más de 5° se considera como deficiencia indicándose el incumplimiento del artículo 31º de la Ley de concesiones eléctricas y la Resolución N° 129-2011-OS/CD en la que se establecen las escalas de multa para estructuras con inclinación mayor a 5°.

V. DETALLE DE LAS DILIGENCIAS A CARGO DEL CUERPO COLEGIADO Y LA SECRETARÍA TÉCNICA⁷

5.1. Información solicitada a SEAL

Durante la etapa probatoria dentro de la presente controversia, se remitió a SEAL el Oficio N° 202-STCCO/2014 de fecha 22 de setiembre de 2014, mediante la cual se pone en conocimiento la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de setiembre de 2014, en la cual se le solicitó la siguiente información: (i) La totalidad de los contratos vigentes celebrados con otras empresas de telecomunicaciones, para el acceso y compartición de su infraestructura de uso público. (ii) El detalle de la información de los costos en los que incurre para brindar el acceso a su infraestructura a empresas de servicios públicos de telecomunicaciones con las que tiene una relación contractual vigente, especificando de ser el caso, aquellos que sustenten la aplicación de condiciones distintas entre empresas. (iii) La documentación que acredite que SEAL puso en conocimiento de MULTIVISIÓN el perjuicio que las estructuras de dicha empresa estarían causando en su infraestructura de uso público. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

Mediante escrito S/N presentado el 15 de octubre de 2014, SEAL envió la información solicitada en la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL. A modo de resumen, se detalla lo que esta empresa remitió:

- Quince (15) contratos vigentes celebrados con otras empresas de telecomunicaciones distintas a MULTIVISIÓN, con excepción de aquellos enviados con anterioridad en calidad de ofrecimiento de medios probatorios adicionales.
- El Informe Técnico OP/DI-0187/2014 de fecha 09 de octubre de 2014 emitido por el Jefe de la Unidad de Distribución de SEAL, que detalla la fórmula utilizada para establecer la tarifa referencial para la suscripción del Contrato de Compartición y el cálculo de los valores utilizados en él.
- El Informe anterior adjunta registros fotográficos que mostrarían la inclinación de los postes de SEAL y la distancia de seguridad respecto al suelo, cuyo incumplimiento estaría causando un grave riesgo eléctrico.

Posteriormente, a través de la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado solicitó a SEAL lo siguiente: (i) la confirmación de la existencia o no de un contrato vigente entre esta empresa y América Móvil Perú S.A.C. para el acceso y compartición de su infraestructura de uso público, y (ii) la remisión, de ser el caso, del referido contrato incluyendo sus respectivas adendas.

En respuesta a lo solicitado, SEAL presentó el escrito N° P/AL-264-2014-SEAL presentado el 27 de octubre de 2014, mediante el cual adjuntó el contrato N° C.AL-117-2005-SEAL, Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la prestación del Servicio Público de Telecomunicaciones en Postes de Alumbrado Público y/o Baja Tensión, suscrito entre TELMEX y SEAL, así como las tres adendas realizadas, señalando que se debió a un error involuntario el no haber adjuntado este contrato en el escrito S/N presentado el 15 de octubre de 2014.

Por último, a través del Oficio N° 225-STCCO/2014 de fecha 21 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a SEAL, en uso a las facultades conferidas mediante acta

⁷ Las diligencias son las realizadas en la etapa probatoria.

de sesión del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL de fecha 17 de setiembre de 2014, confirmar la existencia o no de un contrato vigente entre su empresa y Producciones Willy's E.I.R.L. para el acceso y compartición de infraestructura de uso público, incluyendo las respectivas adendas⁸.

Mediante escrito N° P/AL-265-2014-SEAL presentado el 28 de octubre de 2014, SEAL confirmó la existencia de un contrato vigente entre SEAL y Producciones Willy's E.I.R.L., para el acceso y compartición de infraestructura de uso público, de fecha 27 de octubre de 2014, y remitió éste incluyendo las respectivas adendas.

5.2. Información solicitada a Osinergmin

En cumplimiento al encargo realizado a la Secretaría Técnica mediante acta de sesión del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL de fecha 17 de setiembre de 2014, se remitió el Oficio N° 208-STCCO/2014, de fecha 25 de setiembre de 2014, por el cual se solicitó al Osinergmin, un Informe sobre los aspectos técnicos y económicos involucrados en la presente controversia consistente en: (i) señalar las disposiciones técnicas y económicas de su competencia que deban ser tomadas en cuenta al momento de analizar la compartición de postes de media y baja tensión, (ii) informar si desde el ámbito de su competencia, considera que existe alguna limitación para aplicar la Ley de Banda Ancha a los casos de despliegue de redes para la provisión del servicio de distribución de radiodifusión por cable, (iii) indicar si existe una definición del término “punto de apoyo en poste”.

Absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, Osinergmin remitió el Oficio N° 8547-2014-OS-GFE de fecha 09 de octubre de 2014. Al respecto, en dicho documento se mencionan, entre otros aspectos, los siguientes:

- Osinergmin considera que la compartición de las estructuras de los servicios públicos está regida por la Ley N° 28295 y su Reglamento y que según el artículo 8° de la mencionada Ley, le corresponde a OSIPTEL velar por el cumplimiento de ésta.
- El Código Nacional de Electricidad no hace distinciones al aplicar sus reglas respecto a los cables de comunicación.
- En los dispositivos técnicos o legales no se encuentra la definición de “punto de apoyo en poste”. No obstante, según el contexto de la controversia, podría estar referido a “la ubicación relativa de la fijación (punto de apoyo) en el poste que correspondería al cable de comunicaciones respecto al punto de fijación (punto de apoyo) del conductor eléctrico existente”.

VI. ANÁLISIS

VI.1 De la facultad del Cuerpo Colegiado para revisar la contraprestación establecida en el contrato de acceso y uso compartido de infraestructura, así como para establecer la tarifa a aplicarse.

En el presente procedimiento, MULTIVISIÓN ha solicitado, entre otros aspectos, la revisión de la fórmula que determina la contraprestación establecida en el contrato de

⁸ De acuerdo al escrito S/N de fecha 15 de octubre de 2014 enviado por SEAL en respuesta al pedido de información realizado por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL, el contrato que esta empresa mantenía con Producciones Willy's E.I.R.L. habría estado vigente hasta el 30 de junio de 2010.

compartición entre ésta y SEAL. Ante ello, SEAL ha cuestionado la competencia del Cuerpo Colegiado señalando que ante la existencia de un contrato celebrado de común acuerdo entre ambas partes, no correspondería la intervención del OSIPTEL, en la medida que dicha posibilidad está regulada específicamente para los casos de emisión de mandato de compartición, procedimiento que se activa siempre que las partes no hayan logrado celebrar un contrato de compartición, por lo que en el presente caso resultarían aplicables a dicha relación contractual las reglas del Código Civil.

En atención a ello, a efectos de resolver el presente punto controvertido, corresponde analizar si existe una diferencia entre la actuación del OSIPTEL, con relación a la contraprestación, en los casos de contrato y mandato de compartición. Asimismo, determinar si dicha diferencia implica que ante la celebración de un contrato, el OSIPTEL no pueda intervenir a efectos de realizar una revisión de la contraprestación incluida en éste o en su fórmula de cálculo.

Para ello, analizaremos en primer término las disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento referidas a la contraprestación por el acceso y uso compartido, a efectos de determinar si éstas resultan aplicables a los contratos y/o mandatos, analizando también la aplicación de las normas civiles a los contratos de compartición. Posteriormente, se abordará las facultades del OSIPTEL, en general, y de los órganos de solución de controversias, en particular, respecto a la contraprestación en las normas de acceso y compartición de infraestructura.

VI.1.1. Disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento referidas a la determinación de la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura.

Como se ha señalado en la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, tanto la Ley N° 28295 (artículo 13°) como su Reglamento (artículos 16° y 17°) detallan las modalidades de acceso a la infraestructura de uso público, es decir, se han previsto los mecanismos por los cuales los solicitantes y los titulares de la infraestructura establecen una “relación de compartición”⁹, siendo éstas: el Contrato de Compartición producto de la negociación entre las partes y el Mandato de Compartición (este último dictado por el OSIPTEL una vez vencido el período de negociación entre las partes).

En tal sentido, ambas normas contienen una serie de reglas aplicables a cada una de estas dos modalidades, incluyendo aquellas referidas a la determinación de la contraprestación por el acceso y compartición de infraestructura.

Al respecto, una primera disposición contenida en la Ley N° 28295 en relación a la determinación de la contraprestación la encontramos en el denominado “Principio de Onerosidad de la Compartición”, regulada en el numeral (ix) del artículo 7, la cual establece:

⁹ Cabe indicar que, tal como señaló este Cuerpo Colegiado en la mencionada Resolución, sólo existirá “relación de compartición”, observando los requisitos establecidos en las normas de compartición, entre ellos, la existencia de restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público. En ese sentido, en el supuesto que se celebre un contrato entre un titular de infraestructura de uso público y una empresa de telecomunicaciones, sin cumplir con las exigencias antes señaladas, aun cuando las partes denominen a la relación que nace de su contrato como una de “compartición de infraestructura”, dicha relación no constituirá una “relación de compartición” en los términos de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

“Artículo 7º.- Principios

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

Estos principios son:

(...)

(ix) Onerosidad de la Compartición.- *Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable.”* (El subrayado es nuestro)

Como puede advertirse del texto antes transcrito, la vigencia del referido principio es exigible tanto en la modalidad de contrato como en la de mandato de compartición, razón por la cual resulta pertinente analizar en qué consiste dicho principio y su debido cumplimiento.

En el mismo sentido, otra disposición referida a determinación de la contraprestación se encuentra en el artículo 14 de la Ley N° 28295, el cual que establece:

“Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable

Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público. La metodología de cálculo será fijada en el Reglamento de la presente Ley y deberá ser debidamente sustentado en un informe técnico.” (El subrayado es nuestro)

Una vez más, la Ley N° 28295 refuerza la idea de una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público, sin distinguir entre contrato y mandato de compartición, agregando que la metodología de cálculo de dicha contraprestación será fijada en el Reglamento.

Con relación a ello, el Reglamento de la Ley N° 28295 ha establecido en su artículo 33º, lo siguiente:

“Artículo 33.- De la contraprestación

El titular de la infraestructura de uso público y el solicitante deben acordar el pago de la contraprestación correspondiente por el acceso y uso de la infraestructura de uso público a compartir. Esta contraprestación necesariamente estará incluida en el contrato de compartición.

A falta de acuerdo, OSIPTEL establecerá el valor de la contraprestación en el mandato de compartición correspondiente, conforme a los artículos 34 y 35.”

Como puede apreciarse, el Reglamento de la Ley N° 28295 reconoce la posibilidad que las partes se pongan de acuerdo respecto a la contraprestación, siendo que de no llegar a un acuerdo, el OSIPTEL establecería el valor de dicha contraprestación. Así, un aspecto que debe analizarse en el presente caso es si la disposición antes citada, excluiría la intervención del OSIPTEL para revisar la contraprestación establecida en un contrato de compartición como ha sostenido la reclamada.

En relación a la metodología de cálculo de la contraprestación, el artículo 34º del Reglamento de la Ley N° 28295 establece los conceptos y principios económicos que rigen para la aplicación de los precios máximos fijados por el OSIPTEL en los mandatos de compartición. Asimismo, el artículo 35º del mencionado Reglamento establece que el OSIPTEL deberá fijar las fórmulas para la determinación de la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, siendo que en caso establezca fórmulas para la determinación de la contraprestación para la compartición de infraestructura de otro sector que no sea telecomunicaciones, solicitará opinión al organismo regulador correspondiente, la cual tendrá carácter vinculante. En atención a ello, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL se fijó la fórmula que determinará la contraprestación correspondiente por el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público asociada a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Sin embargo, respecto a la infraestructura eléctrica, no se ha establecido fórmula similar.

Cabe indicar que la Comisión creada por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28295¹⁰, señaló en su informe técnico que *“Para el sector eléctrico la metodología para fijar las tarifas por el uso compartido de las infraestructuras eléctrica (sic), debe efectuarse en forma ad-hoc considerando el marco regulatorio vigente del sector eléctrico (....)”*¹¹.

De acuerdo a lo anterior, en el caso de compartición de infraestructura de telecomunicaciones, quienes quisieran acceder a ésta podrían negociar el monto de la contraprestación en mejores condiciones, teniendo como referencia la tarifa resultante de aplicar la fórmula establecida en la Resolución N° 008-2006-CD/OSIPTEL, ya que de no llegar a un acuerdo, se aplicaría -vía mandato- lo dispuesto en dicha resolución. Si bien la norma no establece que el monto resultante de la aplicación de la fórmula constituye una tarifa máxima para los casos de contrato de compartición¹², sería improbable que algún beneficiario celebre un contrato en peores condiciones que las que le ofrecería un mandato de compartición.

Por el contrario, en el caso de otras infraestructuras como la del servicio eléctrico, no se cuenta con una fórmula preestablecida para calcular la contraprestación, lo que mantendría a quienes quieran acceder a dicha infraestructura en una situación de mayor incertidumbre respecto a los beneficios que reportaría la emisión de un mandato.

Revisadas las disposiciones que regulan la contraprestación por el uso y compartición de infraestructura de uso público en el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento, podemos concluir que existe una mayor regulación respecto a la contraprestación en los mandatos de compartición, habiéndose incluso establecido una fórmula para el caso de infraestructura de telecomunicaciones, no así en el caso de otras infraestructuras, en las que se establecería la fórmula aplicable para cada caso en concreto.

¹⁰ **Ley N° 28295**

“PRIMERA.- Créase la Comisión encargada de proponer el Reglamento de la presente Ley en un plazo de seis (6) meses contados a partir de su publicación. (...)”

¹¹ Informe de la Comisión creada por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28295. Disponible en: https://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/politicas/normaslegales/comparticion_infraestructura/informe%20formulas-31-03-2005.pdf

¹² Como si ocurre, por ejemplo, en el régimen de compartición de la infraestructura de proveedores importantes regulado en el Decreto Legislativo N° 1019 y sus normas complementarias.

De otro lado, en el caso de la contraprestación correspondiente a los contratos de compartición, ésta sólo se encontraría regida por el llamado Principio de Onerosidad de la Compartición, ya que como hemos señalado, este principio es transversal a ambas modalidades de relación de compartición.

En consecuencia, a continuación corresponde analizar si dicha diferencia en la reglamentación de ambas modalidades, implicaría que este Cuerpo Colegiado se encuentre impedido de revisar la contraprestación en los casos en lo que ésta se haya establecido mediante el mecanismo de contrato de compartición.

VI.1.2. De la contraprestación en los Contratos de Compartición

Un primer aspecto a analizar para determinar si el Cuerpo Colegiado se encuentra o no facultado para revisar la contraprestación establecida en los contratos de compartición, está referido a su naturaleza jurídica. Cabe indicar que la empresa reclamada ha señalado que en los casos de contrato de compartición, regirían las reglas del Código Civil. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera necesario analizar la naturaleza de las relaciones de compartición, en particular aquellas que nacen de un contrato entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de ésta.

VI.1.2.1. Naturaleza de los Contratos de Compartición

En el Perú, existen hasta tres regímenes distintos de compartición de infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. El primero de estos regímenes se encuentra regulado por la Ley N° 28295 y su Reglamento, aplicable a aquellos casos en los que se acredite la existencia de restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público. Un segundo régimen de compartición lo encontramos en el Decreto Legislativo N° 1019, aplicable a los casos de acceso y compartición de infraestructura de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que hayan sido previamente declarados como “Proveedor Importante” por el OSIPTEL. Un tercer régimen de compartición corresponde a aquel contenido en la Ley de Banda Ancha, que resulta aplicable a acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha.

Estos tres regímenes de compartición de infraestructura han adoptado muchos aspectos del régimen de la interconexión, razón por la cual para analizar la naturaleza de la compartición, haremos referencia a dicho régimen. No obstante, dado que la presente controversia surge de una relación de compartición regulada por la Ley N° 28295 y su Reglamento, el análisis de la naturaleza de la compartición estará enfocada al régimen contenido en estas normas.

En primer lugar, es preciso recordar que, en materia de interconexión, el Perú se ha adscrito al modelo denominado de “negociación supervisada”¹³. De acuerdo a DOULE, este modelo implica que si las partes no pueden llegar a un acuerdo negociado, entonces deberán tener el recurso de apelar al ente regulador para que éste llene los términos en contención, siendo aconsejable que el ente regulador tenga la oportunidad

¹³ Tal como se ha señalado en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 066-97-PD/OSIPTEL, que aprobó el proyecto de Reglamento de Interconexión publicado el 29 de octubre de 1997. Cabe indicar que sobre la base de dicho proyecto se emitió la Resolución N°001-98-CD/OSIPTEL, norma originaria del Reglamento de Interconexión. En el mismo sentido, la “Memoria 2003 del OSIPTEL - 10 años trabajando por un país más y mejor comunicado”, pág. 44, señala que “El modelo de interconexión adoptado por OSIPTEL se basa en una negociación supervisada (...)”.

de revisar los acuerdos para asegurar que no perjudiquen ni al interés público ni a terceros.¹⁴

En ese sentido, podemos advertir una primera similitud entre el régimen de compartición y el de interconexión. En ambos casos se ha establecido un periodo de negociación a efectos que las partes puedan llegar a un acuerdo; sin embargo, en caso no suscriban un contrato en el plazo establecido, el OSIPTEL podrá emitir un mandato que establezca las condiciones de la respectiva relación jurídica.

Ahora bien, respecto a la oportunidad del regulador de revisar los acuerdos (contratos), el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD/OSIPTEL (en adelante, TUO de Interconexión) señala que el OSIPTEL contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, para evaluar el contrato y emitir su decisión respecto de su aprobación u observación. En el caso de la Ley N° 28295 y su Reglamento, éstas no han establecido una regla similar, razón por la cual en el presente caso se busca dilucidar si dicha revisión es factible de ser realizada a través del procedimiento de solución de controversias.

Es preciso señalar que si bien el Reglamento de la Ley N° 28295 sólo establece la obligación a cargo del titular de la infraestructura de remitir al OSIPTEL copia de los contratos de compartición, sin prever la posibilidad de aprobarlos; ello no altera la naturaleza de la compartición. Sostener lo contrario, implicaría reconocer una naturaleza distinta a los tres regímenes de compartición, dado que en el caso del Decreto Legislativo N° 1019, se prevé la facultad del OSIPTEL de *“(…) observar el citado contrato, de considerar que éste se aparta de los criterios de costos que corresponde aplicar o atenta contra los principios que rigen la compartición, en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de los operadores”*¹⁵. Asimismo, en el caso de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, se prevé la obligación de remitir el contrato de compartición *“(…) para efectos de supervisión”*¹⁶.

Otro aspecto señalado por DOULE al abordar el modelo de negociación supervisada está referido a los cargos a cobrarse, este autor sostiene que para que funcione este sistema, lo más importante es asegurar que los cargos de interconexión sean razonables, es decir, que provean utilidades basadas en costos para la parte que proporciona el servicio¹⁷.

En el caso de la Interconexión este aspecto se encuentra reconocido en el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que sostiene que los acuerdos de interconexión deben contemplar “Condiciones tarifarias y económicas de la interconexión, teniendo en cuenta entre otros aspectos, costos y un margen razonable de utilidad”. Asimismo, como hemos señalado, dichos contratos se encuentran sujetos a aprobación por parte del OSIPTEL y, en caso las partes no lleguen a un acuerdo, se emitirá un mandato de interconexión. En el mismo sentido, el TUO de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD/OSIPTEL ha desarrollado las reglas para garantizar que los cargos sean razonables.

¹⁴ DOULE, John P. “Interconexión: Contratos privados o arreglos de interés público”- en IV Seminario AHCET del Derecho de las Telecomunicaciones. Pág. 31.

¹⁵ Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1019.

¹⁶ Artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904.

¹⁷ DOULE, Jhon P. Óp Cit. Pág. 31.

En el caso de la compartición, como hemos señalado previamente, se ha reconocido expresamente el Principio de Onerosidad, que rige tanto a los mandatos como a los contratos. En los mandatos, al establecer OSIPTEL la tarifa máxima para la contraprestación, se garantizaría que ésta sea razonable. Sin embargo, en la compartición vía contrato, al no haberse dispuesto la facultad del OSIPTEL de aprobar previamente los contratos, podrían presentarse situaciones en que el Principio de Onerosidad se vea vulnerado, razón por la cual en el presente caso, se debe evaluar si dicha posible vulneración habilitaría a los órganos de solución de controversias a revisar la contraprestación establecida en los contratos de compartición.

Otro aspecto común a la interconexión y la compartición consiste en la aplicación de los principios de neutralidad, no discriminación y de igualdad de acceso. De acuerdo con ZEGARRA, estos principios informan sobre los lineamientos básicos a los que se sujetan los acuerdos que deben realizar los operadores y también son extensibles a los pronunciamientos sobre interconexión que emita el OSIPTEL¹⁸.

Así, tenemos que en materia de interconexión, el principio de neutralidad consiste en que el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene posición dominante, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia¹⁹. De otro lado, por el principio de no discriminación, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones²⁰. Finalmente, respecto al principio de igualdad de acceso, éste establece que los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten²¹.

Estos principios tienen su contrapartida en el régimen de compartición de la Ley N° 28295 y su Reglamento. Así, el principio de neutralidad prescribe que el titular de infraestructura de uso público debe otorgar al operador de servicios públicos de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso compartido, el mismo tratamiento que se procura a sí mismo, que otorga a su filial o empresa vinculada, en condiciones iguales o equivalentes. De otro lado, por el principio de no discriminación, el titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes. En el caso de la compartición, el principio de libre acceso refiere que el acceso y uso compartido sólo debe quedar sujeto al cumplimiento de los requisitos y reglas establecidas en la Ley N° 28295 y su Reglamento.

Como puede advertirse, los principios antes detallados, si bien con algunos matices, buscan garantizar los mismos aspectos tanto en la interconexión como en la compartición, lo cual demuestra una vez más la naturaleza similar de ambas figuras.

¹⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Servicio público y regulación: Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú”. Primera Edición, Lima, Palestra, pág. 494.

¹⁹ Artículo 8° del TUO de Interconexión.

²⁰ Artículo 10° del TUO de Interconexión.

²¹ Artículo 11° del TUO de Interconexión.

Respecto a dicha naturaleza, la exposición de motivos de la Resolución N° 066-97-PD/OSIPTEL, señala que *“El llamado contrato de interconexión dista de reunir los elementos que se requieren para reconocer el concepto de libertad de contratar y la libertad contractual (...). La libertad de contratar no se verifica a plenitud en el ámbito de la interconexión, en la medida en que ésta es obligatoria (...). Y con la libertad contractual ocurre algo semejante, porque en el ámbito de la interconexión es perfectamente posible que las partes se pongan de acuerdo en ciertos términos que, finalmente, podrían ser observados, modificados o revocados por el Organismo Supervisor”*. En el mismo sentido, ZEGARRA señala que la autonomía para negociar de los operadores es parcial: la referida libertad de pactos debe ejercerse dentro de unos límites marcados previamente por la normativa reguladora de la interconexión debido a que la Ley de Telecomunicaciones ha considerado la interconexión de “interés público y social”²².

Dos aspectos resultan relevantes para justificar la limitación a la que se encuentran sometidos los contratos de interconexión y que han motivado la adopción del modelo de negociación supervisada, éstos son, su interés público y su carácter obligatorio. Al respecto MOSCOL y PÉREZ-REYES²³ señalan que, *“en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido un esquema de negociación supervisada por el cual el Estado, a través de su organismo regulador autónomo y especializado (OSIPTEL), supervisa la negociación y los acuerdos relativos de la interconexión, en atención a su interés público y a la obligatoriedad de la misma.”*

En el caso de la compartición, la propia Ley N° 28295 en su artículo primero²⁴, declara de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público regulada en dicha Ley. Respecto al carácter obligatorio, es preciso señalar que, la compartición en el marco de la Ley N° 28295 resulta obligatoria siempre que se cumplan los requisitos establecidos²⁵. Con relación a ello, ZEGARRA señala que *“el operador no podrá negarse a aceptar la solicitud – salvo la excepción prevista en la Ley -, en la medida que el solicitante cumpla con los requisitos establecidos para ello”*²⁶.

En ese sentido, al igual que los contratos de interconexión, los contratos de compartición ven afectado su carácter privado.

Uno de los aspectos que claramente demuestran la limitación a la que se encuentran sometidos los contratos de compartición, está constituida por la “cláusula de adecuación de condiciones más favorables”, la cual garantiza que la contraprestación establecida en la relación de compartición -vía contrato o mandato-, se adecúe a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares²⁷. Precisamente, teniendo en

²² Ídem. Pág. 496.

²³ MOSCOL SALINAS, Alejandro y PÉREZ-REYES ESPEJO, Raúl *“La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano”*, publicado en Revista Peruana de Derecho de la Empresa “Telecomunicaciones y Empresa”, N° 53, pág. 52

²⁴ Ley 28295

“Artículo 1.- Declaración de interés público

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

²⁵ Ley 28295

“Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El acceso y uso compartido a que se refiere la presente Ley, será de aplicación obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público, sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso.

²⁶ Op. Cit., pág. 450.

²⁷ Artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 28295.

cuenta que la reclamación de MULTIVISIÓN implica una revisión de la contraprestación, en el presente caso también se evaluará más adelante la aplicación de la cláusula de adecuación, en caso se advierta una condición económica más beneficiosa para otro beneficiario de la infraestructura de SEAL.

En el presente procedimiento SEAL ha señalado que en el supuesto de contratos de compartición, primaria la voluntad de las partes y no lo que pueda determinar el OSIPTEL. Al respecto, sostenemos que, en atención a la naturaleza de los contratos de compartición y al interés público inmerso en las relaciones de compartición en el marco de la Ley N° 28295, no resulta totalmente cierto que dichos contratos se rijan únicamente por la libertad de contratar de las partes. Si bien éstos deben ejecutarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes, como hemos analizado previamente, existen límites a dicha libertad de configuración contractual, uno de los cuales sería el respeto al llamado Principio de Onerosidad.

Cabe señalar que SEAL ha sustentado su posición, haciendo referencia al Informe N° 491-GPRC/2014, de fecha 02 de octubre de 2014, el cual habría señalado que la participación del OSIPTEL es de naturaleza subsidiaria en el procedimiento de emisión de mandato de compartición y sólo procede en los supuestos del artículo 5° de la Ley N° 28295.

Al respecto, debe indicarse que luego de la revisión del referido informe remitido por SEAL mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2014, se aprecia que éste se encuentra referido a un procedimiento de mandato de compartición entre SEAL y la empresa Multimedia Digital S.R.L., siendo que en dicho procedimiento se declaró improcedente la solicitud de mandato atendiendo a que no se acreditó la existencia de restricciones administrativas. En ese sentido, dicho caso, no resulta equiparable al tramitado en el presente Expediente, en el cual sí se ha acreditado una restricción administrativa y, por ende, se ha establecido una relación de compartición al amparo de la Ley N° 28295 y su Reglamento, razón por la cual el argumento de SEAL no resulta atendible.

VI.1.2.2. Del Principio de Onerosidad

En los acápites anteriores hemos establecido que en el caso de los contratos de Compartición, en relación a la contraprestación, ésta sólo se regiría por el Principio de Onerosidad de la Compartición, por lo que resulta necesario establecer en qué consiste el cumplimiento de dicho principio, a efectos de analizar si en el presente se habría cumplido con éste y si su eventual incumplimiento habilitaría al Cuerpo Colegiado a revisar la contraprestación establecida en el contrato.

Cabe recordar que los Principios en el Derecho cumplen una función rectora y orientadora, sirviendo de guía interpretativa sobre el ordenamiento jurídico al contener los fines y valores que busca la regulación. En ese sentido, según Morón Urbina *“la inobservancia a un principio debe ser considerada como más grave que el incumplimiento de cualquier otra norma sustantiva o procedimental de los procedimientos, ya que el infractor no solo viola una regla jurídica sino uno de los valores que subyacen a todo el régimen jurídico de la materia”*²⁸.

²⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *“Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”*. Gaceta Jurídica. 9° edición. 2011. Pág. 58.

Como se ha señalado previamente, la Ley N° 28295 establece que toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable. Así, el Principio de Onerosidad constituye una doble garantía: por el lado de los titulares de la infraestructura, la contraprestación debe brindar incentivos adecuados para invertir en infraestructura; mientras que por el lado de los beneficiarios de la infraestructura, la referida contraprestación no debe representar una barrera de entrada para operadores eficientes²⁹.

Esta garantía se encuentra presente no sólo en la Ley N° 28295 y su Reglamento, sino que es común a todos los regímenes que comparten la misma naturaleza jurídica, como la compartición de la infraestructura del proveedor importante, la compartición de infraestructura para el despliegue de redes necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha y la propia Interconexión.

Así, por ejemplo, el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1019 establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Contraprestación razonable

El Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones tendrá derecho a recibir una contraprestación razonable, orientada a costos, por el Acceso y Uso Compartido de la Infraestructura de Telecomunicaciones, de su titularidad, la misma que será establecida de acuerdo a criterios preestablecidos por el OSIPTEL. Esta contraprestación incluirá entre otros conceptos, una parte proporcional de los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura a compartir.” (Subrayado nuestro)

Asimismo, el artículo 12° del referido Decreto Legislativo señala que “(...) tanto en el contrato de compartición que suscriban las partes como en el Mandato que emita OSIPTEL, se establecerán las condiciones técnicas, económicas y legales del Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, así como las causales para su resolución, debiendo adoptarse los mecanismos necesarios para cautelar los derechos de los abonados y/o usuarios de los servicios involucrados.” (Subrayado nuestro)

Como puede advertirse, en el caso del régimen de proveedor importante, también se busca garantizar que, tanto para los casos de contratos como de mandatos, la contraprestación por el acceso y uso compartido sea razonable, vinculando la razonabilidad de la contraprestación a que ésta se encuentre orientada a costos.

Adicionalmente, en el caso de los contratos, el artículo 14°³⁰ del Decreto Legislativo N° 1019 prevé expresamente la posibilidad de que el OSIPTEL los observe, de considerar

²⁹ Con relación a ello, la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley N° 28295 señala: “El dilema central puede resumirse de la siguiente manera:

- Si los precios de acceso son altos respecto del nivel óptimo, operadores eficientes de servicios complementarios encuentran una barrera a la entrada;
- Si los precios de acceso son bajos, el proveedor de la infraestructura no tendrá los incentivos para mantenerla y ampliarla, de ser necesario, haciendo así inviable la competencia por escasez de infraestructura, elevando los costos de congestión y poniendo en riesgo la provisión de servicios.”

³⁰ Decreto Legislativo N° 1019

“Artículo 14.- Del contrato de compartición

El contrato de compartición debidamente suscrito por ambas partes, entrará en vigencia a partir del día siguiente de su presentación ante el OSIPTEL, para su evaluación posterior.

OSIPTEL contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente de su presentación, para observar el citado contrato, de considerar que éste se aparta de los criterios de costos que corresponde aplicar o atenta contra los principios que rigen la compartición, en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de los operadores. El referido plazo no incluye el período que el OSIPTEL otorgue a los Concesionarios para absolver sus requerimientos de información.

que se apartan de los criterios de costos que corresponde aplicar o atentan contra los principios que rigen la compartición, en grado tal que afecten los intereses de los usuarios de los servicios o de los operadores.

De otro lado, en el caso de la compartición de infraestructura de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de redes necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha, el literal b del inciso 13.4 del artículo 13º de la Ley de Banda Ancha, establece 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. (Subrayado nuestro)

Nuevamente, podemos advertir en la norma citada la preocupación que existe por garantizar que la contraprestación permita recuperar los costos incurridos para prestar el acceso, remunerar la operación y mantenimiento, e incluya un margen de utilidad que resulte razonable, tanto para el titular de la infraestructura como para el beneficiario de ésta..

En el mismo sentido, es preciso señalar que el Reglamento de la referida Ley, que establece la metodología para la determinación de la contraprestación, señala que el resultado de dicha metodología será un precio máximo, lo cual implica que en caso de un contrato entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un operador de telecomunicaciones, éste deberá contener necesariamente un precio igual o menor, el cual además deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a otros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura.

En el caso de la interconexión, como se ha señalado previamente, su régimen también contiene reglas que garantizan cargos razonables, tanto en el caso de contratos como de mandatos de interconexión.

En tal sentido, pese a la escasa regulación respecto a la determinación de la contraprestación en materia de contratos de compartición en el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento, así como a la no previsión de la posibilidad de revisar ex ante los contratos de compartición, la aplicación del Principio de Onerosidad a dichos contratos exige la actuación del OSIPTEL ante una eventual vulneración. Lo contrario,

Emitidas las observaciones por el Organismo Regulador, el contrato deberá adecuarse en el plazo máximo de cinco (5) días calendario contado desde su notificación a alguna de las partes.” (el subrayado es nuestro).

implicaría que las partes, vía contrato de compartición, pudieran apartarse de los principios que rigen la compartición de infraestructuras, incluso en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de los operadores.

Cabe indicar que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28295 y bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 701, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL conocieron casos en los que empresas eléctricas se negaban a alquilar su infraestructura a empresas de telecomunicaciones, analizándose dichas conductas bajo el supuesto de “negativas injustificadas de trato arbitrarias”, como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3° de dicha norma³¹. Inclusive en un pronunciamiento anterior el Cuerpo Colegiado³² señaló que en casos excepcionales, el establecimiento de un precio excesivo podría convertirse en una negativa indirecta de trato que restringe la competencia en el mercado.

En tal sentido, si bien con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034³³ que derogó íntegramente el Decreto Legislativo N° 701³⁴, no correspondería tramitar casos de abuso de posición de dominio cuando no exista una relación de competencia, resulta ilustrativo el análisis realizado por los órganos de solución de controversias bajo la vigencia de la norma de competencia anterior, dado que por un lado, se reconocía la posibilidad que se verifique la posición de dominio de las empresas eléctricas, especialmente ante restricciones administrativas a la construcción de nueva infraestructura y, por otro, se reconocía la posibilidad que el establecimiento de un precio excesivo podía restringir la competencia.

Precisamente, uno de los objetivos de la Ley N° 28295 consiste en “*promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público*”³⁵. Es en este marco que el establecimiento de una contraprestación que no cumpla con los parámetros de razonabilidad que exige la Ley N° 28295, puede atentar contra dicho objetivo. Ante ello, el OSIPTEL debe recurrir a las herramientas establecidas en la propia Ley, a efectos de garantizar el cumplimiento de los principios ahí establecidos.

Ahora bien, resulta necesario analizar en qué consiste el carácter razonable que debe contener la contraprestación aplicable al acceso y uso compartido de infraestructura contemplado en la Ley N° 28295. Una primera aproximación, la tenemos al analizar otros regímenes similares, como el contenido en el Decreto Legislativo N° 1019, que exige que la contraprestación se encuentre “orientada a costos”. De manera general, debemos señalar que el principio de orientación a costos “*exige que las tarifas que se*

³¹ **Decreto Legislativo N° 701.**

“Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”. (el subrayado es nuestro)

³² Al respecto ver Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 8 de abril de 2012 (Exp. 008-2001).

³³ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

³⁴ Así, se derogó el artículo 3°, referente normativo bajo el cual se sancionaba el supuesto de negativa arbitraria, siendo que la nueva cláusula general contenida en el artículo 10.1 del Decreto Legislativo N° 1034 exige expresamente la obtención de beneficios y la realización de perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos producto del ejercicio de la posición de dominio. Adicionalmente, debe considerarse que el referido Decreto Legislativo N° 1034 señala en su artículo 10.5 como requisito del abuso de posición de dominio, la existencia de una relación de competencia, precisando que: “no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”.

³⁵ Artículo 3° de la Ley N° 28295.

fijen administrativamente se sitúen ligeramente por encima de los costes reales de la prestación del servicio tarifario”³⁶.

Otro aspecto a tener en consideración son los conceptos y principios económicos que rigen para la aplicación de los precios fijados por OSIPTEL en los mandatos de compartición, contenidos en el artículo 34º del Reglamento de la Ley N° 28295, dado que resulta razonable que éstos sean exigibles también en los casos de contratos de compartición. Como hemos visto previamente, en otros regímenes de compartición, el precio resultante de aplicar la fórmula para la emisión de un mandato constituye un precio máximo, por debajo del cual las empresas pueden acordar una contraprestación menor mediante contrato.

En el caso de la Ley N° 28295 y su Reglamento, no se ha establecido que la aplicación de la fórmula aplicable al mandato constituya un precio máximo. Incluso, en el caso de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, ni siquiera se ha establecido fórmula alguna. Sin embargo, no resulta razonable sostener que a través de un contrato de compartición se pueda llegar a una situación más desventajosa para el beneficiario que la que obtendría mediante un mandato de compartición. Incluso, es preciso tener en cuenta que, en el supuesto que otra empresa iniciara el procedimiento de emisión de mandato y obtuviera una contraprestación menor, ésta se haría extensiva al reclamante por aplicación de la "cláusula de adecuación de mejores condiciones". En tal sentido, apartarse de los principios económicos establecidos en el artículo 34º, podría implicar una vulneración al Principio de Onerosidad.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado concluye que en el caso de los contratos de compartición, el Principio de Onerosidad consiste en el reconocimiento de una contraprestación razonable orientada a costos, que retribuya el uso y el mantenimiento de infraestructura eléctrica, así como un adecuado margen de utilidad, sobre la base de los principios económicos reconocidos en el artículo 34º del Reglamento de la Ley N° 28295.

Una vez establecido el contenido del Principio de Onerosidad que será tomado en cuenta por este Cuerpo Colegiado, corresponde analizar si el procedimiento de solución de controversias resulta la vía idónea para la verificación del cumplimiento de dicho principio y, de ser el caso, para la revisión de la contraprestación establecida en el contrato de compartición celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL.

VI.1.2.3. De la posibilidad de verificar la vigencia del Principio de Onerosidad a través del procedimiento de solución de controversias

Como se ha señalado anteriormente, en otros regímenes de compartición y la propia interconexión, se han establecido mecanismos específicos *ex ante* que permiten garantizar el establecimiento de cargos o contraprestaciones razonables, tanto en el caso de mandatos como de contratos. Así, se ha establecido la facultad del OSIPTEL de aprobar previamente los contratos o fórmulas que implican precios máximos aplicables incluso para los contratos.

En el caso de la compartición regulada en la Ley N° 28295 y su Reglamento, no se ha establecido un mecanismo específico para tal fin. En efecto, el numeral 4 del artículo 12º de la mencionada Ley, establece la obligación a cargo del titular de la

³⁶ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. “Las tarifas de telecomunicaciones”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N° 3, 1999, pág. 255-270.

infraestructura de remitir al OSIPTEL copia de los contratos de compartición, sin establecer la posibilidad de una revisión previa.

Sin embargo, como hemos señalado previamente, en atención al interés público de la compartición, el OSIPTEL debe tener la posibilidad de intervenir ante alguna vulneración a las normas que rigen las relaciones de compartición, incluyendo los principios que les resulten aplicables. Ahora bien, en el presente acápite corresponde analizar si el procedimiento de solución de controversias es la vía idónea para verificar el cumplimiento del Principio de Onerosidad en los contratos de compartición y, de ser el caso, si ello habilitaría a los órganos de solución de controversias a realizar una revisión de la contraprestación establecida en dichos contratos.

Al respecto, es preciso señalar que el artículo 41º del Reglamento de la Ley N° 28295 señala, de manera general, que las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el Reglamento y las normas que dicte el OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de ésta, será resuelta conforme al Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas. Dicha disposición no ha establecido una limitación respecto de las materias en controversia que podrían ser conocidas mediante el procedimiento de solución de controversias, limitándose a señalar que las controversias a ser resueltas corresponden a aquellas que surjan entre titulares de infraestructura y beneficiarios de ésta, es decir, que se exige el establecimiento de una “relación de compartición”, como ha señalado este Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de mayo de 2014.

En ese sentido, dado que como hemos analizado previamente, el establecimiento de la contraprestación en el contrato de compartición, puede implicar una vulneración del Principio de Onerosidad, la no existencia de un mecanismo específico *ex ante* que garantice su cumplimiento, no impide a este Cuerpo Colegiado analizar si se habría producido dicha vulneración, en la medida que estaríamos ante una controversia surgida en el marco de la relación de compartición entre ambas partes, lo cual faculta al Cuerpo Colegiado a pronunciarse en el presente caso.

Lo antes mencionado no quiere decir que el Cuerpo Colegiado pueda revisar cualquier contraprestación establecida en las relaciones que emanan de los regímenes de naturaleza similar³⁷. Así, debemos mencionar que, en el caso de los mandatos, se entiende que el análisis correspondiente a la garantía de la contraprestación razonable se realiza antes de su emisión, por lo que en dichos casos no correspondería una revisión vía procedimiento de solución de controversias. De igual modo, en el caso de los contratos que se encuentren sometidos a aprobación previa por parte del OSIPTEL, se entiende que hay un periodo en el que se analiza su correspondencia con el marco normativo, pudiendo el OSIPTEL incluso plantear observaciones respecto a la contraprestación. En tal sentido, tampoco en estos casos correspondería revisar la contraprestación a través del procedimiento de solución de controversias.

En atención a lo anterior, este Cuerpo Colegiado concluye que el caso de los contratos de compartición celebrados al amparo de la Ley N° 28295 y su Reglamento, constituye un supuesto excepcional en el cual se recurre al procedimiento de solución de controversias ante la falta de una vía específica que garantice el cumplimiento de las disposiciones de dichas normas, incluyendo el mencionado Principio de Onerosidad.

³⁷ Un ejemplo de casos en los que el Cuerpo Colegiado se encuentra habilitado para revisar la contraprestación establecida en cualquiera de dichas relaciones, son las controversias derivadas de la aplicación de la cláusula de adecuación de mejores condiciones.

VI.1.3. Respecto al cumplimiento del Principio de Onerosidad en el Contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL

Durante la etapa probatoria, este Cuerpo Colegiado solicitó a SEAL el detalle de la información de los costos en los que incurre para brindar el acceso a su infraestructura a empresas de servicios públicos de telecomunicaciones con las que tiene una relación contractual vigente.

En respuesta a ello, SEAL, omitiendo detallar la información solicitada, señaló que la fórmula utilizada para establecer la tarifa del contrato celebrado con MULTIVISIÓN correspondía a aquella incluida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL. Asimismo, SEAL remitió el cálculo de los parámetros incluidos en dicha fórmula.

Con relación a ello, es preciso recordar que de acuerdo a lo establecido en la mencionada resolución, dicha fórmula resulta aplicable a los casos de mandato de compartición de infraestructura asociada al servicio público de telecomunicaciones, dado que, como hemos mencionado anteriormente, no se ha establecido una fórmula predeterminada para los casos de uso compartido de infraestructura eléctrica.

Asimismo, el propio artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295 señala que *“En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio; así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.”*

Cabe señalar que, de acuerdo a la Comisión creada por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28295, en el caso de la infraestructura eléctrica, la exigencia de que la contraprestación deba reflejar costos incrementales, radica en que *“(...) actualmente la infraestructura de las redes eléctricas ya se encuentran remuneradas por los usuarios del sector eléctrico, según lo indica la Ley de Concesiones (LCE) y su Reglamento (RLCE)”*.

Sin embargo, si revisamos las reglas aplicables a la compartición de infraestructura de telecomunicaciones y los componentes de la fórmula contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL, que viene siendo aplicada por SEAL, se advierte que la contraprestación no sólo estaría cubriendo costos incrementales, sino que incluiría la recuperación de los costos incurridos por el titular, incluso, sin compartición.

En ese sentido, con la finalidad de realizar un análisis mayor respecto a si la utilización de la fórmula en cuestión y el cálculo de los parámetros utilizados por SEAL se ajustan al Principio de Onerosidad, es decir, si se encuentran orientados a costos sobre la base de los principios económicos contenidos en el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, es preciso referirnos a cada uno de dichos parámetros.

La fórmula contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL y que habría sido aplicada por SEAL, es la siguiente:

$$P = \left[I * \left(\frac{i}{1 - (1 + i)^{-n}} \right) + OAM_R + C_t \right] * (FUT) + (OAM_i) * (FUC)$$

- P: Valor mensual de la contraprestación.
- I: Inversión inicial que realizaría un entrante para implementar infraestructura nueva en condiciones eficientes. Ello incluye: el costo de adquisición de los elementos de la infraestructura, el costo de instalación, costo de obras civiles, costo de mano de obra, costo de administración de la obra y costos de licencias u otros tributos vinculados a la inversión inicial.
- n : Número de meses de vida útil de la infraestructura considerada.
- i: Tasa mensual del costo de oportunidad del capital antes de impuestos.
- OAMr: Costo mensual de administración, operación y mantenimiento en que incurre el titular de la infraestructura de uso público bajo condiciones regulares de trabajo, sin prestar compartición de infraestructura.
- OAMi: Costo incremental mensual por administración, operación y mantenimiento en que incurre el dueño de la infraestructura, que se origina al brindar compartición de infraestructura.
- Ct: Valor mensual de tributos relacionados con la infraestructura instalada.
- FUT: Factor de utilización que distribuye los costos en forma proporcional al uso del bien, incluyendo al titular de la misma, entendiéndose que el criterio de proporcionalidad será determinado para cada caso de acuerdo a las características del mismo.
- FUC: Factor de utilización que distribuye los costos incrementales por administración, operación y mantenimiento en que incurre el dueño de la infraestructura, que se originan al brindar la compartición, entre todos los operadores que han solicitado la compartición de infraestructura, sin incluir al titular.

Con relación a la variable (I), SEAL ha calculado ésta considerando el costo de los postes y su costo de montaje. Para tal efecto, ha tomado como referencia la información registrada en el Sistema de Información de Costos Estándar en Distribución (SICODI) del Osinergmin correspondiente al año 2008. Así, el SICODI del año 2008 registraba un costo de poste de baja tensión de US\$ 101.62 y de alta tensión de US\$ 180.36. A dichos valores, SEAL aplica un tipo de cambio de 3.142, el cual indica correspondería al tipo de cambio del mes de setiembre de 2012. Asimismo, aplica un factor de “actualización de costos del 2008 al 2012” de 25%. Ello, da como resultado un valor de S/. 399,00 para postes de baja tensión y S/. 708,00 para postes de media tensión.

Con relación a ello, es preciso señalar que en su escrito de reclamación, MULTIVISIÓN ha remitido copia de documentos que contienen cotizaciones respecto a precios de postes de baja y media tensión por parte de la empresa Postes Arequipa S.A., siendo los precios de dicha cotización de S/. 395,00 para postes de baja tensión y S/. 830,00 para postes de media tensión.

Como puede advertirse, los valores utilizados por SEAL son, en el caso de los postes de baja tensión, muy cercano al señalado por MULTIVISIÓN y, en el caso de los de media tensión, menor al indicado por la reclamante por una diferencia de S/. 122. En ese sentido, puede concluirse que los valores utilizados por SEAL respecto al costo de los postes de baja y media tensión se ajusta a un criterio de costos.

Ahora bien, respecto al valor del costo del montaje, SEAL ha calculado éste aplicando

al costo de los postes, un factor de 77%³⁸, lo cual da un monto resultante de S/. 307,00 para postes de baja tensión y S/. 545,00 para postes de media tensión.

Al respecto, es preciso señalar que el factor utilizado por SEAL para calcular el montaje es el mismo que se encuentra definido en la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha para el cálculo de la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha. En ese sentido, dado que la utilización del factor de 77% por SEAL se encuentra acorde con la fórmula establecida normativamente para una situación análoga a la que se viene analizando en la presente controversia, este Cuerpo Colegiado considera el cálculo del costo del montaje, ajustada a un criterio de costos. En tal sentido, el monto total de la variable (I) calculada por SEAL, resulta de un monto de S/. 706,00 para postes de baja tensión y de S/. 1253,00³⁹ para postes de media tensión.

Respecto a la vida útil de los postes, SEAL ha considerado 30 años, lo cual resulta acorde a los parámetros usuales en el sector eléctrico.

Con relación a la variable (i), que corresponde a la tasa mensual del costo de oportunidad del capital antes de impuestos, SEAL le ha otorgado un valor de 0.98164%. Cabe señalar que, a diferencia del resto de variables, el cálculo de ésta no ha sido adecuadamente sustentado por SEAL. Asimismo, es preciso señalar que esta variable es utilizada para calcular el monto mensual que permite la recuperación de la inversión inicial más un margen de ganancia. Al respecto, como hemos señalado anteriormente, en el caso de la infraestructura eléctrica, no corresponde remunerar la inversión inicial.

De otro lado, para el cálculo de la variable (OAMr), SEAL ha multiplicado el valor de (I) por un factor de 7.2% en el caso de postes de baja tensión y 13.4% para postes de media tensión, lo cual, *mensualizando*, da valores de 4.24 y 14, respectivamente. Cabe indicar que esta forma de cálculo también tiene su correlato en la fórmula contenida en Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En efecto, en dicha fórmula se establece que la variable (OMs)⁴⁰ se calcula multiplicando la “base total de cálculo” (costo de poste más montaje) por $l/12$ para postes de baja tensión y $h/12$ para postes de media tensión, donde $l=7,2\%$ y $h=13,4\%$. En ese sentido, dado que las variables (OAMr) y (OMs) son equivalentes y SEAL ha considerado para el cálculo de aquella, lo establecido en la referida ley para calcular ésta, el Cuerpo Colegiado considera adecuado el cálculo de dicha variable realizado por SEAL.

En cuanto a la variable (OAMi), SEAL ha calculado ésta multiplicando por 20% el valor de la variable (OAMr) tanto para postes de baja como media tensión, lo cual una vez más tiene su correlato en la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha en la variable (OMc). En ese sentido, también la variable (OAMi) se ajusta a un criterio adecuado de cálculo al tener una referencia normativa.

Con relación a la variable (FUT), este Cuerpo Colegiado considera que su inclusión en el cálculo de la contraprestación, en sí misma, resulta contraria a la exigencia de reflejar únicamente costos incrementales, dado que dicha variable sirve para distribuir costos sin compartición, incluyendo al propio titular de la infraestructura, pese a que

³⁸ Cabe señalar que en el escrito de SEAL se ha indicado que dicho factor sería de 70%; sin embargo, al realizarse el cálculo correspondiente se advierte que el factor aplicado es de 77%.

³⁹ Cabe señalar que SEAL ha considerado erróneamente la suma como S/. 1254,00.

⁴⁰ Definida como costo OPEX sin compartición.

como hemos señalado anteriormente, la infraestructura de las redes eléctricas ya se encuentra remunerada por los usuarios del sector eléctrico.

De otro lado, respecto a la variable (FUC), SEAL ha considerado ésta en un 33%, lo que implica que serían tres los beneficiarios de la infraestructura de uso público que deben distribuirse los costos incrementales de administración, operación y mantenimiento en que incurre el dueño de la infraestructura. Es preciso señalar que, en el escrito de reclamación de MULTIVISIÓN, dicha empresa incluyó una propuesta de cálculo de la contraprestación utilizando la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la cual incluye la variable (B), definida como el factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios –es decir, equivalente a la variable (FUC)-. Así, en su propuesta, MULTIVISIÓN no consideró otros arrendatarios aparte de ella misma, lo cual daría un factor de distribución de 100%. En ese sentido, dado que el factor de 33% definido por SEAL reflejaría de mejor manera la cantidad de beneficiarios efectivamente existentes, este factor también se ajusta a los principios de la compartición.

Finalmente, es preciso indicar que SEAL ha considerado la variable (Ct) igual a 0 (cero), es decir, no ha considerado valor de tributos relacionados con la infraestructura instalada.

En consecuencia, puede concluirse que la gran mayoría de valores utilizados por SEAL para las variables contenidas en la fórmula de la Resolución de Consejo Directivo N°008-2006-CD/OSIPTEL, se encuentran adecuadamente calculados. Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, la utilización de dicha fórmula vulneraría los principios contenidos en el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, dado que no sólo considera la remuneración de costos incrementales de compartición, sino que también incluye la remuneración de costos sin compartición.

Otro aspecto a tener en cuenta en el presente caso, es que el valor resultante de la fórmula utilizada por SEAL es aplicada para cada “punto de apoyo” en cada poste, el cual de acuerdo al propio contrato de compartición está definido como: *“Fuente de Poder, Amplificador, Nodo, Acometida, Retenida y medio de comunicación (fibra óptica, cable telefónico multipar, cable coaxial)”*. En ese sentido, dado que por cada poste puede haberse instalado más de uno de los elementos antes señalados, SEAL aplicaría el mismo monto por cada uno de ellos.

Respecto a lo anterior, es preciso señalar que los componentes de la fórmula utilizada por SEAL permiten la recuperación de costos, sin diferenciar el número de elementos instalados en cada poste, prueba de ello es que el componente que remunera los costos incrementales generados por la compartición se distribuyen entre el número de arrendatarios. En efecto, en el supuesto que la contraprestación resultante de la fórmula utilizada por SEAL se aplicara a cada elemento de red, el referido factor de distribución incluiría el número de dichos elementos y no el número de arrendatarios. Al respecto, como ya se indicó, en relación al número de arrendatarios, la propia SEAL ha considerado dentro de la fórmula que utiliza, que el número de los beneficiarios que estarían accediendo a su infraestructura es tres (3).

Cabe indicar que, si bien el aplicar el monto de la contraprestación por cada uno de los elementos instalados puede contravenir el Principio de Onerosidad, ello no quiere decir que el beneficiario puede instalar elementos en los postes del titular sin ninguna limitación, dado que existen normas técnicas y legales del subsector electricidad que pueden verse afectadas como resultado del exceso de dichos elementos.

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9⁰⁴¹ de la Ley N° 28295 y el artículo 38⁰⁴² de su Reglamento, los titulares de infraestructura de uso público pueden denunciar a Osinergmin el incumplimiento por parte de los beneficiarios de dicha infraestructura, de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos.

No obstante ello, en el presente caso este Cuerpo Colegiado solicitó a SEAL la documentación que acredite que puso en conocimiento de MULTIVISIÓN el perjuicio que las estructuras de dicha empresa estarían causando en su infraestructura de uso público, ante lo cual SEAL no remitió documentación alguna, limitándose a señalar los presuntos perjuicios que estarían causando dichas estructuras en su infraestructura de uso público, adjuntando para tal efecto, imágenes fotográficas que respaldarían sus afirmaciones, señalando adicionalmente, que dicha situación estaría generando un riesgo eléctrico grave. Con relación a este último punto, es preciso señalar que SEAL tampoco ha acreditado que haya denunciado ante el Osinergmin dicha situación.

Lo antes mencionado aunado al hecho de que SEAL no haya planteado en la presente controversia, la necesidad de retirar elementos instalados por MULTIVISIÓN, sino que venga argumentando la necesidad de cobrar una mayor contraprestación por el mayor número de “puntos de apoyo”, permite señalar que el supuesto problema de seguridad no es insalvable, dado que una mayor contraprestación lo eliminaría.

En efecto, consideramos que la instalación de mayores elementos de red en los postes puede generar mayores costos; sin embargo, ello se resolvería incluyendo dichos costos en el cálculo de la contraprestación como costos de adecuación. Ahora bien, de acuerdo a la información remitida por SEAL, ésta no habría considerado en la fórmula que venía utilizando para calcular la contraprestación, ningún costo de adecuación. No obstante lo indicado, hayan o no sido considerados dichos costos, no resulta razonable que la misma contraprestación –que remunera incluso costos sin compartición- se aplique tantas veces como elementos de red sean instalados en el poste, dado que como se ha señalado previamente, ello vulnera el Principio de Onerosidad.

VI.1.4. De la contraprestación razonable

Habiendo señalado que la contraprestación establecida en el contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL vulnera el Principio de Onerosidad, corresponde a este Cuerpo Colegiado, determinar el límite máximo que correspondería a una contraprestación razonable, orientada a costos, sobre la base de los principios económicos establecidos en el artículo 34^o del Reglamento de la Ley N° 28295.

⁴¹ **Ley N° 28295**

“Artículo 9.- Seguridad

Los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a cumplir, tanto en la etapa de elaboración del proyecto, como en el desarrollo de la construcción, operación y mantenimiento de sus instalaciones, con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y sus respectivos Manuales (...).

⁴² **Reglamento de la Ley N° 28295**

“Artículo 38.- Seguridad

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley los titulares de la infraestructura de uso público denunciarán ante OSINERG, el incumplimiento de por parte de los beneficiarios de dicha infraestructura, de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, para su fiscalización supervisión y para la imposición de las respectivas sanciones a cargo del organismo competente.

(...).”

En tal sentido, un primer aspecto a abordar corresponde a la revisión de los costos que deben ser remunerados por la contraprestación. Al respecto, es preciso señalar que pese al pedido de este Cuerpo Colegiado, SEAL no ha remitido el detalle de la información de los costos en los que incurre por prestar la compartición.

Con relación a lo anterior, es preciso señalar que, el propio artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295 señala que *“en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos”*.

En ese sentido, en la medida que en el presente caso el Cuerpo Colegiado no cuenta con información detallada que le permita establecer la contraprestación razonable, en función a los costos en los que efectivamente incurre SEAL para brindar acceso y uso compartido a su infraestructura a MULTIVISIÓN, debe utilizarse de referencia los cargos establecidos para circunstancias similares.

Así, el Cuerpo Colegiado considera que dicho cargo de referencia debe cumplir, en la medida de lo posible, con las siguientes características:

- a) Debe estar referido al acceso y uso compartido de infraestructura de concesionarios del servicio eléctrico en el territorio nacional.
- b) Debe corresponder a la instalación de elementos de red del servicio público de telecomunicaciones, que permitan la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable.
- c) Debe retribuir únicamente costos incrementales generados por la compartición de infraestructura.

Con relación a dichas características y considerando la información remitida por la propia SEAL, este Cuerpo Colegiado ha considerado tomar como referencia el cargo resultante de aplicar la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° de Banda Ancha. Es preciso señalar que dicha fórmula resulta aplicable, entre otros supuestos, al acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica en el territorio nacional.

De otro lado, si bien dicha fórmula se aplicaría para el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones que permita la provisión del servicio de Banda Ancha, este Cuerpo Colegiado considera que, en el presente caso, puede extenderse su aplicación al despliegue de redes del servicio de distribución de radiodifusión por cable de MULTIVISIÓN. Al respecto, es preciso tener en consideración que, de acuerdo a la información remitida por Osinergmin en el transcurso del presente procedimiento, *“El Código Nacional de Electricidad no hace distinciones para la aplicación de sus reglas en lo que respecta a los cables de comunicación”*. En ese sentido, dado que las normas del sector electricidad no diferencian entre las distintas redes del servicio de telecomunicaciones, resultarían perfectamente equiparables aquellas que sirven para la prestación del servicio de Banda Ancha y para el servicio de distribución de radiodifusión por cable. A mayor abundamiento, es preciso señalar que, tal como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley N° 28295, respecto al servicio de distribución de radiodifusión por cable, *“(…) su potencial tecnológico permitiría que a través de sus redes se preste los servicios de telefonía fija e Internet”*.

Asimismo, debe indicarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica, se retribuirá a través de una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas, siendo que en el caso de la primera, ésta considerará la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico para prestar acceso y uso a su infraestructura; mientras que en el caso de la segunda contraprestación, ésta remunera la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

En ese sentido, lo establecido en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha respecto a la contraprestación aplicable se ajusta al criterio contenido en el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, respecto a que, para infraestructura eléctrica, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario, así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.

El Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que con respecto a la contraprestación incremental para la adecuación de infraestructura, el pago de ésta se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.

Cabe indicar que, como hemos señalado anteriormente, SEAL no ha remitido información detallada de los costos en los que habría incurrido para prestar acceso y uso compartido de infraestructura, razón por la cual no es posible determinar si corresponde remunerar costos de adecuación de infraestructura mediante la contraprestación única, especialmente considerando que ambas partes han venido celebrando contratos por los cuales se compartía la infraestructura de SEAL, por lo que lo más probable es que dichos costos ya hayan sido remunerados. Sobre este último punto, resulta importante tener en consideración que la fórmula utilizada por SEAL no contiene un componente específico que remunere los llamados “costos de adecuación”.

No obstante lo anterior, dado que en el presente caso se encuentra en discusión la contraprestación mensual establecida en el contrato de compartición, corresponde analizar lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha respecto a la contraprestación periódica, la cual de acuerdo a dicho Anexo, vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM= Imp + Omc \times B \times (1+i_m)$$

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere)
OMC: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1/N_a$$

Donde N_a : número de arrendatarios.

i_m : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Como hemos señalado anteriormente, en su escrito de reclamación, MULTIVISIÓN propone la aplicación de la fórmula antes indicada para el establecimiento de la contraprestación mensual por el acceso y uso compartido de infraestructura, asignando valores a las variables de la fórmula. Así, respecto a los impuestos adicionales, MULTIVISIÓN no los ha considerado. Asimismo, respecto a la variable OM_c , ha calculado ésta, siguiendo las especificaciones del propio Anexo 1, según las cuales se requiere conocer el precio de los postes, siendo que MULTIVISIÓN ha obtenido dicho precio de las cotizaciones solicitadas a la empresa Postes Arequipa S.A.

De otro lado, respecto al factor de distribución de costos, como señalamos anteriormente, MULTIVISIÓN se ha considerado como la única que tiene acceso a la infraestructura de SEAL, al considerar dicho factor como una unidad (1). Finalmente, con relación a la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable, MULTIVISIÓN ha propuesto ésta en 2%; sin embargo, en su escrito de reclamación, no se ha sustentado el establecimiento de dicha tasa.

Ahora bien, como hemos señalado previamente, SEAL no ha utilizado la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para establecer la contraprestación mensual que viene cobrando a MULTIVISIÓN. Sin embargo, en su escrito de fecha 15 de octubre de 2014, se advierte que el cálculo y metodología utilizados por SEAL incluyen la determinación de las variables contenidas en la fórmula del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Así, lo primero que hay que señalar es que SEAL no ha considerado impuestos asociados a la infraestructura que se comparte.

Asimismo, como se señaló en el acápite anterior, la forma cómo SEAL calculó la variable (OAM_i) de la fórmula contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL, es la misma que se especifica en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para el cálculo de la variable (OM_c). En ese sentido, dado que en el acápite anterior se determinó que el cálculo de dicha variable resultaba adecuada, este Cuerpo Colegiado concluye que debe tenerse en consideración el monto señalado por SEAL respecto a esta variable, la cual asciende a 0.85 para postes de baja tensión y 2.80 para postes de media tensión.

Con relación al factor de distribución de costos entre arrendatarios, es preciso señalar que en el acápite anterior se indicó que SEAL consideraría que serían tres los beneficiarios de la infraestructura de uso público que deben distribuirse los costos incrementales de administración, operación y mantenimiento en que incurre el dueño de la infraestructura. Asimismo, se señaló que el dato proporcionado por SEAL se ajustaba de mejor manera a la realidad, dado que es SEAL quien se encuentra en mejor posición de conocer a cuántos arrendatarios otorga acceso. En ese sentido, la variable (B) sería de $1/3$.

Ahora bien, con relación a la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable, es preciso señalar que ésta no tiene un correlato que resulte idéntico en la información remitida por SEAL, dado que la tasa mensual del costo de oportunidad del

capital antes de impuestos (i) de la fórmula contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL de 0.98164%, es utilizada para calcular el monto mensual que permite la recuperación de la inversión inicial más un margen de ganancia. Sin embargo, en el caso de la fórmula del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, no se requiere remunerar la inversión inicial.

En consecuencia, dado que el establecimiento de una tasa de retorno que resulte razonable contiene un elemento de discrecionalidad, este Cuerpo Colegiado considera tomar como referencia, únicamente en el caso de esta variable, el valor propuesto por MULTIVISIÓN de 2%, atendiendo a que la propia reclamante considera dicha tasa mensual como adecuada.

En tal sentido, reemplazando los valores antes señalados en la fórmula de la contraprestación mensual contenida en el Anexo 1 de la Ley de Banda Ancha, tenemos, para postes de Baja Tensión, la siguiente contraprestación resultante:

$$RM= 0 + S/. 0.85 \times 1/3 \times (1+2\%) = S/. 0.29$$

Asimismo, para postes de Media Tensión:

$$RM= 0 + S/. 2.80 \times 1/3 \times (1+2\%) = S/. 0.95$$

En atención a lo anterior, este Cuerpo Colegiado considera que los montos antes señalados son los que, como máximo, correspondían ser aplicados por SEAL por concepto de contraprestación mensual y, en consecuencia, es necesario modificar los montos establecidos en el contrato celebrado entre SEAL y MULTIVISIÓN, teniendo como fundamento la vulneración del Principio de Onerosidad de la Compartición.

Cabe indicar que dadas las variables de la fórmula incluida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, los montos antes detallados deben ser cobrados por poste y no por cada elemento de red que se soporte en los postes, como había venido haciendo SEAL.

VI.1.4.1. Alcance de la modificación de la contraprestación

Con la finalidad de no dejar dudas respecto a la correcta aplicación de lo resuelto por el Cuerpo Colegiado respecto a la modificación de la contraprestación establecida en el contrato celebrado entre SEAL y MULTIVISIÓN, se considera necesario especificar dos aspectos: (i) el ámbito geográfico respecto del cual debe aplicarse la contraprestación razonable, y (ii) el periodo a partir del cual resulta exigible la contraprestación razonable

(i) Con relación al ámbito geográfico respecto del cual debe aplicarse la contraprestación razonable

Respecto al ámbito geográfico en el cual debe aplicarse la contraprestación razonable, la cual está determinada por los lugares en los cuales el solicitante de acceso y uso compartido, en este caso MULTIVISIÓN, haya acreditado la existencia de una restricción administrativa para la instalación de infraestructura propia, por ser ésta una

condición esencial para acceder a un contrato de compartición o, en su caso, a un mandato de compartición bajo los términos de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

Cabe indicar que de acuerdo a lo señalado por este Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, en los supuestos que se celebren contratos entre un titular de infraestructura de uso público y una empresa de telecomunicaciones, sin cumplir con las exigencias antes señaladas, dicha relación no constituirá una “relación de compartición” en los términos de la Ley N° 28295, constituyendo un contrato totalmente privado.

En relación a ello, de acuerdo al artículo 5° de la Ley N° 28295, sólo procederá el uso compartido de la infraestructura necesaria para brindar servicios públicos de telecomunicaciones, cuando éstas se encuentren ubicadas en zonas donde existan restricciones administrativas que impidan a los operadores de telecomunicaciones instalar su propia infraestructura por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad y ordenamiento territorial.

Así, el artículo 11⁰⁴³ de la Ley N° 28295 y los artículos 7⁰⁴⁴ y 8⁰⁴⁵ de su Reglamento señalan que la acreditación de la existencia de una restricción administrativa a la instalación de infraestructura de uso público es una condición esencial para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público bajo los términos de la Ley N° 28295 y su Reglamento, teniendo el solicitante de dicho acceso dos maneras de acreditar la restricción:

- a) Por declaración expresa, contenida en una norma o en un acto jurídico firme, de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público emitida por la autoridad administrativa competente en el área geográfica en la que se pretende la compartición; o,
- b) Por falta de pronunciamiento de la autoridad competente en un plazo de 30 días hábiles de presentada la solicitud de la declaración indicada en el inciso anterior.

En atención a lo explicado en líneas precedentes, es necesario señalar las restricciones administrativas que se habrían acreditado en el presente procedimiento:

⁴³ **Ley N° 28295**

“Artículo 11.- Acreditación de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público
Para cada uno de los supuestos señalados en el artículo 5° de la presente Ley, será necesaria la declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público por parte de la autoridad administrativa competente con facultades para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de la infraestructura de uso público definida en la presente Ley.”

⁴⁴ **Reglamento de la Ley N° 28295**

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

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

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

⁴⁵ **Reglamento de la Ley N° 28295**

“Artículo 8.- Acreditación de la existencia de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público

Para efectos del primer párrafo del artículo 11 de la Ley, el interesado deberá acreditar que existe una declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público. Esta declaración puede estar contenida en una norma jurídica o en un acto administrativo firme emitido por una autoridad competente para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público.”

- **Distrito de José Luis Bustamante y Rivero**, Con fecha 06 de junio de 2013 la empresa MULTIVISIÓN remitió a la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero una comunicación S/N manifestando su intención de desplegar infraestructura de telecomunicaciones, en específico, postes. Ante ello, la mencionada Municipalidad a través de la Carta N° 099-2013-GDU/MDJLBYR de fecha 08 de julio de 2013, respondió indicando que no es posible la instalación de nueva infraestructura para telecomunicaciones porque en su TUPA no existe el procedimiento para el plantado de postes.
- **Distrito de Paucarpata**, mediante comunicación de fecha 30 de setiembre de 2013 enviada a la Municipalidad Distrital de Paucarpata (Registro N° 09355.13), MULTIVISIÓN solicitó la autorización para la instalación de nueva infraestructura de telecomunicaciones, en específico, postes. De lo manifestado por MULTIVISIÓN, esta solicitud no obtuvo respuesta de la Municipalidad.
- **Distrito de Socabaya**, a través de la comunicación de fecha 30 de setiembre de 2013 enviada a la Municipalidad Distrital de Socabaya (Registro N° 10373), MULTIVISIÓN requirió la autorización para la instalación de nueva infraestructura de telecomunicaciones, en específico (postes). No obstante, MULTIVISIÓN no obtuvo respuesta a su solicitud.

Como puede advertirse, respecto al distrito de José Luis Bustamante y Rivero quedaría acreditada la restricción administrativa para instalar infraestructura de uso público a través de una declaración expresa contenida en la Carta N° 099-2013-GDU/MDJLBYR de fecha 08 de julio de 2013 por la cual, la Municipalidad deniega la instalación de dicha infraestructura.

Asimismo, respecto a los distritos de Paucarpata y Socabaya, las restricciones administrativas quedarían acreditadas por la falta de pronunciamiento de las autoridades competentes⁴⁶; es decir, de las Municipalidades de Paucarpata y Socabaya, respectivamente, al haber transcurrido los 30 días hábiles establecidos en el artículo 10º del Reglamento de la Ley N° 28295⁴⁷.

No obstante ello, es preciso mencionar que si bien en el presente procedimiento se ha planteado la existencia de las tres restricciones administrativas antes señaladas, a efectos de evaluar el alcance de lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado respecto a la contraprestación razonable, debe analizarse la oportunidad en la que correspondía acreditar dichas restricciones para que la relación de compartición constituya una dentro del marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento, teniendo en cuenta que la existencia de una restricción administrativa a la instalación de infraestructura de uso público es una condición esencial para solicitar el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público bajo los términos de dichas normas.

⁴⁶ Cabe señalar que en aplicación del Principio de presunción de veracidad, la declaración de MULTIVISIÓN respecto a la falta de pronunciamiento de las Municipalidades de Paucarpata y Socabaya, se presume veraz, sin perjuicio de los controles posteriores que correspondan.

⁴⁷ **Reglamento de la Ley N° 28295.**

“Artículo 10.- Falta de pronunciamiento sobre la existencia de la restricción a la instalación o construcción de la infraestructura de uso público

Para efectos del tercer párrafo del artículo 11 de la Ley, los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones podrán solicitar a la autoridad administrativa competente una declaración en la cual exprese la existencia o no de una restricción a la instalación o construcción de la infraestructura de uso público, en un área geográfica determinada. La autoridad administrativa competente tendrá un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para emitir su pronunciamiento.”

Cabe señalar que en la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, que resolvió admitir a trámite la reclamación presentada por SEAL, este Cuerpo Colegiado realizó un análisis preliminar respecto a la existencia de restricciones administrativas, como requisito de admisibilidad, habiéndose determinado que la documentación referida al distrito de José Luis Bustamante y Rivero era suficiente para considerar que existía una relación de compartición en el marco de Ley N° 28295 y su Reglamento. Sin embargo, al evaluar el alcance de lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado respecto a la contraprestación, es preciso realizar un análisis mayor.

Así, se debe indicar que al constituir la acreditación administrativa una condición esencial para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público en el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento, así como la protección especial que dichas normas otorgan, la existencia de ésta debe ser puesta en conocimiento de la contraparte de manera previa al establecimiento de la relación de compartición. Ello guarda relación con lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 28295, respecto a que corresponde al “solicitante de acceso y uso compartido” acreditar la referida restricción administrativa. Es decir que, la norma no ha previsto la posibilidad que dicha acreditación se produzca con posterioridad y durante la vigencia de una relación contractual por la cual ya se brindó acceso a la infraestructura de uso público, aún fuera del alcance de las normas antes mencionadas.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que el alcance de lo dispuesto en la presente Resolución en materia de la contraprestación, debe limitarse a la zona(s) geográfica(s) respecto de las cuales se contaba con restricción administrativa de manera previa al establecimiento de la relación de compartición y siempre que dichas restricciones hayan sido de conocimiento de SEAL también en forma previa, dado que sólo a dichos casos le corresponde el marco de protección de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

Lo contrario implicaría que el Cuerpo Colegiado pudiera modificar una relación contractual que nació como una totalmente privada. En efecto, a diferencia de los casos en los que la restricción constituyó la causa de la celebración del contrato de compartición y que, por ende, afecta su carácter privado; los contratos celebrados sin contar con una restricción como causa de éstos, son enteramente privados, debiendo regularse por las cláusulas y condiciones libremente acordadas por las partes, sin que corresponda al regulador modificar dichas condiciones ni incentivar su incumplimiento a través del establecimiento de una relación contractual (regulada) paralela por el sólo hecho de haber obtenido la restricción administrativa con posterioridad al acceso a la infraestructura de uso público.

En ese sentido, teniendo en consideración que de las restricciones administrativas señaladas anteriormente, sólo la correspondiente al distrito de José Luis Bustamante y Rivero ha sido obtenida con anterioridad al contrato entre ambas partes, y ha sido de conocimiento de SEAL también en forma previa, corresponde que el alcance de lo dispuesto respecto de la contraprestación por el Cuerpo Colegiado sea también únicamente aplicable a la infraestructura correspondiente a dicha zona.

Cabe indicar que con relación al conocimiento previo de parte de SEAL sobre la existencia de la restricción administrativa, éste queda acreditado mediante la documentación remitida por la propia SEAL, en su escrito de contestación de la reclamación, respecto al procedimiento de emisión de mandato de compartición tramitado en el expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/MC (y respecto del cual, SEAL se desistió posteriormente), dado que en dicho procedimiento la propia SEAL señala,

mediante su solicitud de emisión de mandato de fecha 22 de agosto de 2013, que MULTIVISIÓN sólo cumplió con acreditar la restricción a la instalación o construcción de infraestructura de uso público, respecto al distrito de José Luis Bustamante y Rivero.

(ii) Con relación al periodo a partir del cual resulta exigible la contraprestación razonable

Una vez determinado que lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado con relación a la contraprestación corresponde aplicarse respecto al distrito de José Luis Bustamante y Rivero, debe precisarse a partir de cuándo resultaría o habría resultado exigible la contraprestación razonable.

Con relación a ello, este Cuerpo Colegiado considera que, dado que la revisión de la contraprestación establecida en el contrato celebrado entre SEAL y MULTIVISIÓN se sustenta en la vulneración de un principio contenido en la propia Ley, y siendo que éste resultaba exigible desde el inicio de la relación de compartición en virtud a la protección de la Ley N° 28295 y su Reglamento, el monto de la contraprestación razonable es exigible desde la celebración del contrato de compartición.

VI.1.5. Respecto a la posibilidad de aplicar la cláusula de adecuación a mejores condiciones a la relación contractual entre MULTIVISIÓN y SEAL

Sin perjuicio de lo señalado en los puntos precedentes, se ha considerado pertinente realizar una evaluación respecto a la posibilidad de aplicar la denominada “cláusula de adecuación de mejores condiciones”, regulada en el artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 28295.

Al respecto, de acuerdo a lo dispuesto en dicho artículo, *“Los contratos de compartición y mandatos de compartición incluirán una cláusula que garantice la adecuación de la contraprestación a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares”*.

Así, dicha norma determina la obligatoriedad de la inclusión de la mencionada cláusula en el contrato de compartición, garantizando el derecho de las empresas beneficiarias de la infraestructura de uso público de acogerse a las mismas condiciones que el titular de la infraestructura tuviera en una relación de compartición con otra empresa beneficiaria también de la infraestructura de uso público, en cuyo caso procedería la adecuación de cumplirse lo siguiente:

- a) El titular de la infraestructura de uso público hubiera pactado una condición económica más favorable con otra empresa beneficiaria de dicha infraestructura.
- b) Las condiciones de compartición sean similares.

Con respecto a la primera condición, en el transcurso del presente procedimiento, se solicitó a SEAL la relación de la totalidad de contratos vigentes que haya celebrado con otras empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, para el acceso y compartición de su infraestructura de uso público. Ante ello, en un primer momento, mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2014, SEAL remitió copia de quince contratos celebrados con distintas contrapartes, para el acceso y compartición de su infraestructura de uso público.

Sin embargo, dicha información no incluía el contrato celebrado con la empresa América Móvil Perú S.A.C., pese a que, en el escrito de reclamación de MULTIVISIÓN,

obraba la copia de una adenda a un contrato para el acceso y compartición de la infraestructura de SEAL celebrado entre ésta y Telmex Perú S.A. (ahora América Móvil Perú S.A.C.). En tal sentido, mediante Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado requirió a SEAL a efectos de que confirme si contaba con un contrato vigente con la empresa América Móvil Perú S.A.C. y solicitó, de ser el caso, la remisión de éste.

Ante ello, mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2014, SEAL señaló que por un error involuntario no había cumplido con remitir el contrato correspondiente a la relación entre ésta y América Móvil Perú S.A.C. (antes Telmex Perú S.A.), razón por la cual cumplía con remitir el referido contrato y sus respectivas adendas.

Es así que de la revisión de los contratos antes mencionados y del contrato entre SEAL y la empresa Producciones Willy's E.I.R.L. celebrado con fecha 27 de octubre de 2014, se ha podido advertir que en el contrato entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL⁴⁸ se encuentra una definición del término “apoyo” distinta a aquellas contenidas en los otros contratos de compartición que mantiene SEAL, incluyendo el de MULTIVISIÓN, siendo que ninguna de las tres adendas firmadas con posterioridad a la celebración del contrato original modificó dicha definición.

Así, el concepto de “apoyo” que se encuentra en el contrato celebrado entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL es el siguiente: *“El punto de soporte o anclaje (ferretería) de dichos cables en los postes se denominará apoyo, cuya cantidad y ubicación exacta serán determinados en el proyecto de recorrido acordado por escrito entre TELMEX y SEAL.”*

Mientras que el concepto de “apoyo” que se señala en el contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL señala: *“Entendiéndose por Apoyo: Fuente de Poder, Amplificador, nodo, acometida, retenida y medio de comunicación (fibra óptica, cable telefónico multipar cable coaxial).”*

Al respecto, tomando en consideración lo explicado en los puntos anteriores en relación a que la unidad de medida para el cobro de la tarifa aplicada por SEAL en sus contratos de compartición es el “punto de apoyo”, la definición de este término en el contrato de compartición entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL resultaría más favorable, debido a que se aplicaría la tarifa sólo por el soporte o anclaje que instala el beneficiario en la infraestructura pública, mientras que según la definición de “apoyo” en el contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL, la tarifa por el arrendamiento se cobraría por cada elemento de red que el beneficiario instale. En ese sentido, en principio, al ser dicha condición una más favorable en términos económicos al incluido en el contrato de MULTIVISIÓN, ésta podría solicitar la adecuación de dicha condición a su relación contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, este Cuerpo Colegiado considera necesario precisar que, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables resulta aplicable a los casos en los que el contrato de arrendamiento de infraestructura de uso público ha sido celebrado en el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento. En ese sentido, para que un arrendatario solicite la adecuación de su contrato a mejores condiciones

⁴⁸ Se hizo la revisión del Contrato N° C.AL-117-2005-SEAL, de fecha 11 de julio de 2005, Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de uso público para la prestación de servicio público de telecomunicaciones en postes de alumbrado público y/o baja tensión entre TELMEX (ahora América Móvil) y SEAL, así como de las tres adendas realizadas a dicho contrato, el cual se encuentra vigente.

establecidas en otro, debe encontrarse previamente en una “relación de compartición” dentro del marco de dichas normas.

Ahora bien, ello implica que un arrendatario que ha celebrado un contrato que le permite acceder a la infraestructura de uso público de un titular de ésta sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley N° 28295 y su Reglamento, no puede solicitar la aplicación de la cláusula de adecuación.

De otro lado, las empresas que han celebrado contratos que se encuentran dentro del marco de protección de las normas de compartición, pueden solicitar la adecuación de mejores condiciones establecidas en otros contratos celebrados en el marco de dichas normas, así como respecto de contratos que han sido celebrados fuera del ámbito de dichas normas, dado que si los titulares de infraestructura han establecido mejores condiciones para arrendatarios que no han acreditado restricción administrativa, con mayor razón deberían aplicarlas para relaciones de compartición que cuentan con una protección especial por parte de nuestro ordenamiento, siempre que las demás condiciones de la compartición sean similares.

En el presente caso, no se ha especificado si el contrato entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL ha tenido como causa la existencia de una restricción administrativa; sin embargo, según lo explicado en el párrafo precedente, en ambos supuestos, correspondería aplicar la cláusula de adecuación más favorable del contrato entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL al contrato de compartición entre MULTIVISIÓN y SEAL.

Con relación a la segunda condición, respecto a que las condiciones de compartición sean similares, no se ha advertido ningún supuesto que motive un tratamiento diferenciado respecto a la definición del término “punto de apoyo”, de hecho, como se ha señalado anteriormente, contratos anteriores celebrados entre SEAL y MULTIVISIÓN contenían la misma definición incluida en el contrato de América Móvil Perú S.A.C., es decir, que consideraban punto de apoyo al soporte o anclaje, en donde se instalaban los elementos de red.

Asimismo, es preciso tener en consideración que SEAL ha indicado que la aplicación de la cláusula de adecuación de condiciones más favorables tiene como presupuesto la existencia de condiciones de contratación más favorables con otros usuarios, y que al fijar en todos sus contratos las mismas tarifas, no correspondería aplicarse en el presente caso.

Sin embargo, como hemos señalado antes, el contrato vigente entre SEAL y América Móvil Perú S.A.C. sí cuenta con condiciones más favorables.

No obstante ello, dado que aún en el caso que se optara por la adecuación de la cláusula referida a la definición del punto de apoyo contenida en el contrato de América Móvil Perú S.A.C., ello no resultaría suficiente, dado que como hemos visto en los puntos precedentes, la vulneración del Principio de Onerosidad no sólo se sustenta en la aplicación de la contraprestación por cada elemento de red, sino que el mismo cálculo del monto a cobrar vulnera dicho principio, al considerar la recuperación de inversión inicial -sin compartición-, siendo que ya se ha establecido que en el caso de la infraestructura eléctrica sólo debe considerarse la recuperación de la inversión incremental por prestar la compartición.

Precisamente, la vulneración a dicho principio ha motivado que el Cuerpo Colegiado establezca el monto de la contraprestación que resulta razonable, la cual no se vincula a la definición del término “punto de apoyo”, por lo que adecuar la cláusula que define el punto de apoyo como el soporte o anclaje, ya no tendría una incidencia económica en el cálculo de la contraprestación, materia de este procedimiento.

VI.2. De si ha existido una inadecuada interpretación por parte de SEAL de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura, referida al término “apoyo”

En su reclamación, MULTIVISIÓN solicita como pretensión que se realice la correcta interpretación de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de fecha 28 de agosto de 2013, en lo referido al término apoyo.

En tal sentido, corresponde evaluar si SEAL ha realizado una incorrecta interpretación del referido término. En atención a ello, resulta pertinente revisar lo establecido en dichas cláusulas respecto al término punto de apoyo.

Al respecto, a continuación se presentan extractos de las cláusulas mencionadas, los cuales se encuentran referidos al término punto de apoyo:

- **Cláusula Segunda**

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

Por el presente contrato, **SEAL** arrienda a **MULTIVISION** puntos de apoyo en la estructura y elemento o accesorio instalado en el medio de telecomunicación, en los postes de su propiedad para la instalación de los elementos de red de telecomunicaciones (cables, dispositivos, accesorios, ferretería, etc.) de propiedad de **MULTIVISION** (en adelante, los “Elementos de Red”). Por su parte, **MULTIVISION** se obliga a pagar a **SEAL** la renta mensual establecida en la cláusula cuarta.

- **Cláusula Cuarta**

CLÁUSULA CUARTA: RENTA

MULTIVISION, se obliga a pagar mensualmente, por cada apoyo en la estructura: siendo éste el medio de comunicación fibra óptica u otro medio y/o equipo, la cantidad de **S/. 2.99 (Dos con 99/100 Nuevos Soles) por Estructura de Baja tensión por apoyo y S/. 6.12 (Seis con 12/100 Nuevos Soles) por Estructura de Media tensión por apoyo, no incluye impuestos.**

MULTIVISION, pagará mensualmente el monto resultante de multiplicar el número de apoyos utilizados por la tarifa indicada en el párrafo precedente.

El pago mensual por apoyo en cada Poste se empezará a aplicar a partir de la fecha de utilización de la infraestructura y será abonada siempre que **MULTIVISION**, se encuentre utilizando los Postes.

Entendiéndose por apoyo: Fuente de Poder, Amplificador, Nodo, Acometida, Retenida y medio de comunicación (fibra óptica, cable telefónico multipar, cable coaxial).

Las partes acuerdan que en caso el incremento o reducción de puntos de apoyo en los Postes, se produzca durante el transcurso de un período mensual, si es en la primera semana será cargado en la facturación del mes en curso, si es la última semana del mes será cargado en la siguiente facturación.

Como puede observarse, por un lado, la cláusula segunda hace referencia al arrendamiento de un “punto de apoyo y elemento o accesorio instalado en el medio de telecomunicación” para la instalación de elementos de red de propiedad de MULTIVISIÓN. En ese sentido, dicha cláusula, por sí misma, parecería indicar que los llamados “Elementos de Red” son distintos al “punto de apoyo”, siendo que sería en dichos “puntos de apoyo” donde los “Elementos de Red” serían instalados.

Sin embargo, al revisar la cláusula cuarta del contrato celebrado entre ambas partes, se observa que ésta contiene una definición expresa de lo que se entenderá, para efectos del contrato, como punto de apoyo. Así, se observa que en el primer párrafo se señala que punto de apoyo es “el medio de comunicación fibra óptica u otro medio y/o equipo”. Asimismo, en el cuarto párrafo se especifica que se entenderá por apoyo a distintos elementos (fuente de poder, amplificador, nodo, acometida, retenida y medio de comunicación). Cabe indicar que la cláusula cuarta se encuentra referida a la contraprestación, siendo que el cálculo de ésta se encuentra ligada a la definición del punto de apoyo, toda vez que de acuerdo al contrato, MULTIVISIÓN debía pagar el monto resultante de multiplicar el número de apoyos por la tarifa establecida en el primer párrafo de dicha cláusula.

En ese sentido, si bien se advierte una incongruencia entre los términos del propio contrato, dado que en una cláusula se considera a los puntos de apoyo como distintos a los elementos de red, mientras que en otra, se equiparan; consideramos que la cláusula cuarta es clara respecto a lo que se entenderá por punto de apoyo para efectos del contrato.

No obstante ello, como se ha mencionado anteriormente, lo cuestionable de la cláusula cuarta consistía en multiplicar el monto de la contraprestación resultante de la metodología establecida por SEAL por cada elemento de red, metodología de cálculo que ha sido cuestionada en el presente procedimiento.

La definición del llamado punto de apoyo cobra relevancia en el caso que la contraprestación se encuentre supeditada a la definición de dicho término. Así, como puede advertirse de la información obrante en el expediente, los contratos anteriores celebrados entre SEAL y MULTIVISIÓN no contenían la definición del término apoyo que está definida en la cláusula cuarta del contrato vigente, siendo que éstos sólo contenían respecto a dicho término la siguiente referencia:

<p>El punto de soporte o anclaje (ferretería) de dichos cables en los postes se denominará apoyo, cuya cantidad y ubicación exacta serán determinadas en el proyecto de recorrido acordado por escrito entre EL CONTRATISTA y SEAL.</p>

Como puede advertirse, entre uno y otro contrato existe una diferencia entre la definición del llamado punto de apoyo, siendo que dicha diferencia también genera que los montos totales a pagar a SEAL, sean considerablemente distintas. En ese sentido, siendo que el propio SEAL ha utilizado en dos momentos diferentes en su relación con MULTIVISIÓN, conceptos distintos de punto de apoyo, no resulta sostenible lo señalado por SEAL respecto a que la definición de dicho término esté definida técnicamente como cada elemento de red.

Un aspecto que abona a lo mencionado en el párrafo anterior es que incluso, como se ha señalado previamente, actualmente SEAL viene entendiendo de manera distinta el término apoyo, aplicando una definición a la mayoría de las empresas que arriendan su infraestructura, y otra, aplicable a la empresa América Móvil Perú S.A.C. En este último caso, se ha mantenido la definición del punto de apoyo como el punto de soporte o anclaje de los cables de telecomunicación.

Asimismo, es importante mencionar que en los propios escritos de SEAL se aprecian ciertas inconsistencias respecto a lo que debe entenderse como punto de apoyo. Así, si bien dicha empresa viene defendiendo la definición contenida en la cláusula cuarta del contrato celebrado con MULTIVISIÓN, en su escrito de alegatos de fecha 11 de noviembre de 2014, señala: *“El término apoyo es definido como el soporte, anclaje, suspensión de un elemento activo de las redes de telecomunicaciones u otros en un poste.”*

Atendiendo a las diferencias en la definición de punto de apoyo entre SEAL y MULTIVISIÓN, e incluso entre la propia SEAL en distintos momentos y ante distintos arrendatarios, se solicitó a Osinergmin que informe al Cuerpo Colegiado respecto a si existe una definición de dicho término en alguna disposición legal o técnica de su competencia, o en su defecto, cómo viene entendiéndose dicho concepto en el mercado eléctrico. En respuesta a ello, mediante Oficio N° 8547-2014-OS-GFE, Osinergmin señaló que *“No hemos encontrado la definición del indicado término en los dispositivos técnicos o legales consultados. Sin embargo, considerando, en el contexto dentro del cual las partes en controversia lo utilizan, se debe sostener que podría estar referido a la ubicación relativa de la fijación (punto de apoyo) en el poste que correspondería al cable de comunicaciones respecto al punto de fijación (punto de apoyo) del conductor eléctrico existente; por ejemplo, si el conductor eléctrico existente de baja tensión se encuentra fijado (apoyado) en el poste a 7 m de altura, el punto de fijación (punto de apoyo) del cable de comunicaciones deberá estar a 6 m.”*

En tal sentido, de acuerdo a la información remitida por el Osinergmin, no existiría una definición técnica unívoca respecto al término “punto de apoyo”, por lo que este Cuerpo Colegiado considera que, en principio, las partes se encuentran en libertad para definir dentro de su contrato, aspectos que no cuentan con una definición en un dispositivo técnico o legal. Sin embargo, en caso dicha definición implique una vulneración a las normas y principios de la compartición dicha libertad se podría ver limitada.

En tal sentido, dado que como hemos señalado previamente, lo cuestionable de la definición del término apoyo empleada en el contrato suscrito entre las partes que es materia del presente caso, consistía en que ésta servía de base para el cálculo de la contraprestación, y en la medida que mediante la presente Resolución se ha establecido que el cálculo de la contraprestación mensual debe realizarse por poste y no por punto de apoyo (sea cual fuere su definición), dicha definición no incide sobre la retribución, por lo que en el presente caso no corresponde ser modificada por el Cuerpo Colegiado.

VI.3. De si correspondía a SEAL sustentar de manera técnica y legal, las razones por las cuales ha cambiado de metodología de cálculo para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura.

Con relación al presente punto controvertido, debe indicarse que la Ley N° 28295 señala en su artículo 7°⁴⁹ que en virtud del Principio de Acceso a la Información “Se

⁴⁹ Ley N° 28295

garantiza que quienes requieran de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público cuenten con la información necesaria a efectos de evaluar y negociar su acceso y uso y adoptar su decisión de ingresar al mercado respectivo.”

Asimismo, según el numeral 1 del artículo 12º del Reglamento de la Ley N° 28295, el titular de la Infraestructura de uso público tiene la obligación de *“entregar al solicitante toda la información necesaria para el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público, incluyendo entre otros, los manuales técnicos, ambientales y de seguridad específicos de la infraestructura de uso público a la que pretende acceder; capacidad disponibles, según los estándares relevantes para cada una; las condiciones de contratación, así como las políticas comerciales y operativas”*. (Subrayado nuestro)

En ese sentido, el brindar información respecto a las condiciones de contratación y toda aquella trascendente para llevar a cabo la compartición no sólo constituye una obligación del titular de la infraestructura de uso público, sino es además una garantía para el potencial beneficiario de la infraestructura de uso público a efectos de tomar decisiones adecuadamente informadas, por ejemplo, respecto a su ingreso al mercado.

Sobre este punto, este Cuerpo Colegiado considera que los criterios de cálculo de la contraprestación y la información de costos utilizada por las empresas titulares de infraestructura de uso público, cuando se encuentran dentro de un supuesto en el que se ha acreditado la existencia de restricciones administrativas, constituye información relevante para que el potencial beneficiario tome las decisiones que más se ajusten a sus intereses. Así, por ejemplo, se puede mencionar que dicha información permitirá a los potenciales beneficiarios decidir en mejores condiciones si celebran un contrato de compartición o se someten a un procedimiento de emisión de mandato.

En ese sentido, correspondía a SEAL, como titular de la Infraestructura de uso público, informar a MULTIVISIÓN, entre otros aspectos, de las razones técnicas y legales del cambio de metodología de cálculo para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura. En consecuencia, el no envío de dicha información no sólo vulnera el Principio de Acceso a la Información contemplado en la Ley N° 28295, además impide a los solicitantes como MULTIVISIÓN de participar en un proceso de negociación en condiciones equitativas.

Un aspecto adicional a tener en cuenta es que, como se ha analizado previamente, a diferencia de lo señalado por SEAL, esta empresa si habría otorgado mejores condiciones económicas a un beneficiario de su infraestructura, en perjuicio de MULTIVISIÓN, como empresa que ha acreditado la existencia de restricciones administrativas. En efecto, previamente, se ha señalado que el contrato vigente entre SEAL y América Móvil Perú S.A.C. (antes Telmex del Perú S.A.) no contiene la definición de “punto de apoyo” que ha sido introducida en el nuevo contrato celebrado

“Artículo 7º.- Principios

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

Estos principios son:

(...)

(vi) Principio de acceso a la información.- Se garantiza que quienes requieran de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público cuenten con la información necesaria a efectos de evaluar y negociar su acceso y uso y adoptar su decisión de ingresar al mercado respectivo.”

entre SEAL y MULTIVISIÓN, y que ha tenido una incidencia directa en el monto que ha venido cobrándose a dichas empresas.

Con relación a ello, se advierte del expediente que, incluso dicha información no habría sido puesta en conocimiento de MULTIVISIÓN, lo cual implicó que haya existido una empresa que contaba con mejores condiciones económicas que otra que ha cumplido con acreditar la existencia de restricciones administrativas y que por ende, debe encontrarse con una protección especial emanada de las disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

De otro lado, es preciso hacer referencia a la solicitud hecha por MULTIVISIÓN a SEAL, mediante comunicación de fecha 02 de abril de 2013 consistente en obtener una copia del informe técnico u otro documento que sustente los cálculos de las nuevas tarifas establecidas por el uso compartido de infraestructura de uso público. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que la respuesta de SEAL contenida en la carta N° GG/AL-063-2013-SEAL de fecha 05 de abril de 2013, en la cual califica la información solicitada como información confidencial, no encontraría sustento en las normas correspondientes, ni podría configurarse como secreto comercial en los términos de la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, tal como fuera señalado por SEAL.

Cabe indicar que, de la revisión de la información enviada en el curso del presente procedimiento por SEAL⁵⁰ para sustentar la fijación de la tarifa por el uso compartido de su infraestructura de uso público, la cual (como ya fuera explicado en el acápite VI.1.3. de la presente resolución) hace referencia a valores y cálculos contemplados en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, así como a información registrada en el SICODI del Osinergmin, entre otros. No obstante, esto no fue puesto en conocimiento de MULTIVISIÓN durante las negociaciones previas al contrato ni fueron objeto de respuesta de las solicitudes de comunicación enviadas por dicha empresa a SEAL.

Ahora bien, es necesario agregar que para el cumplimiento del Principio de Acceso a la Información, en este caso específico, no bastaba la referencia a alguna fórmula contenida en una norma, sin desarrollar la forma de aplicación como sustento para las tarifas o la metodología de cálculo fijada en un contrato de compartición. Lo anterior cobra mayor relevancia si consideramos que el cambio de criterio de SEAL en relación al contrato anterior celebrado con MULTIVISIÓN, de acuerdo a lo señalado por dicha empresa, habría incrementado considerablemente el monto total a pagar a SEAL.

Por último, este Cuerpo Colegiado considera que si bien la exigencia de que SEAL informe de manera técnica y legal las razones por las cuales ha cambiado de metodología de cálculo debió ser satisfecha durante el proceso de negociación, esto se habría cumplido en el curso del presente procedimiento a través de los diversos escritos presentados por dicha empresa. Asimismo, los criterios y valores que se aplicaron para establecer las tarifas por el arrendamiento de infraestructura con MULTIVISIÓN se conocieron en el Informe Técnico N° OP/DI-0187/2014 remitido por SEAL mediante escrito presentado el 15 de octubre de 2014. En ese sentido, no corresponde ordenar a SEAL cumplir con dicha exigencia.

⁵⁰ Información contenida en el Informe Técnico N° OP/DI-0187/2014 remitido por SEAL mediante escrito presentado el 15 de octubre de 2014 en respuesta al requerimiento realizado por el CCO a través de la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de setiembre de 2014.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en consideración que de acuerdo al artículo 42º del Reglamento de la Ley N° 28295 *“OSIPTEL es competente para imponer sanciones a las personas naturales o jurídicas que tengan o no la condición de empresas operadoras de servicios públicos, por lo actos u omisiones que impliquen un incumplimiento de la Ley, su Reglamento y normas reglamentarias”* y que las presuntas infracciones se habrían cometido en forma previa al establecimiento de la relación de compartición entre SEAL y MULTIVISIÓN; se ordena a la Secretaría Técnica evalúe la pertinencia de remitir la información correspondiente al órgano competente del OSIPTEL a efectos que analice la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador a SEAL por la supuesta comisión de la infracción a las normas antes mencionadas.

VI.4. De si corresponde incluir dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre MULTIVISIÓN y SEAL, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables establecida en el artículo 6º del Reglamento de la Ley de Compartición de Infraestructura.

En su escrito de reclamación, MULTIVISIÓN ha solicitado como una de sus pretensiones, la inclusión de la cláusula de adecuación de condiciones más favorables establecida en el artículo 6º del Reglamento de la Ley N° 28295.

Al respecto, es preciso citar el referido artículo 6º, el cual establece que *“Los contratos de compartición y mandatos de compartición incluirán una cláusula que garantice la adecuación de la contraprestación a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares”*.

De acuerdo a ello, el citado artículo 6º establece la obligación de incluir en los contratos y mandatos de compartición un mecanismo que garantice la adecuación de éstos a condiciones económicas más favorables que se le otorguen a otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares.

Asimismo, es preciso señalar que además del referido artículo, dicha garantía se encuentra contenida en otras disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento. Así, el artículo 7º de la Ley N° 28295 define el Principio de No Discriminación como aquel en virtud del cual *“El titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes”*.

Lo establecido en el artículo antes citado concuerda con el artículo 12º del Reglamento de la Ley N° 28295, el cual estipula las obligaciones del titular de la infraestructura de uso público, entre las cuales se encuentra: *“Aplicar a los otros beneficiarios de infraestructura de uso público, la contraprestación y/o condiciones económicas más favorables que haya acordado con otros beneficiarios de infraestructura de uso público”*.

En ese sentido, si bien la inclusión de la cláusula de adecuación de mejores condiciones, constituye una garantía adicional del respeto del Principio de No Discriminación, su no inclusión en un contrato que ha sido celebrado al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 28295 y su Reglamento, no impide su aplicación en caso se cumplan los supuestos para ello, dado que se trata de una cláusula que regula la relación de compartición por mandato expreso de la Ley, ante lo cual, ni siquiera cabe la posibilidad de pactar en contrario.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que MULTIVISIÓN ha solicitado como pretensión que se incluya dicha cláusula en el contrato celebrado con SEAL, este Cuerpo Colegiado considera pertinente disponer su inclusión, especificando que ésta resultará exigible para la relación de compartición establecida en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, atendiendo a las consideraciones expuestas en el punto VI.1.4.1. de la presente Resolución.

Cabe señalar que sobre este punto, SEAL no ha señalado que no corresponda incluir la cláusula de adecuación al contrato de compartición, limitándose a indicar que no corresponde su aplicación al presente caso, lo cual ha sido previamente analizado.

VI.5. De si corresponde que los pagos que se hayan realizado a SEAL por MULTIVISIÓN se consideren como pagos a cuenta

Atendiendo a que en el punto VI.1. se ha concluido que la contraprestación mensual razonable establecida por este Cuerpo Colegiado resulta exigible para la infraestructura compartida en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, a partir de la suscripción del contrato entre SEAL y MULTIVISIÓN de fecha 28 de agosto de 2013; existiría un periodo en el cual se habrían estado cobrando montos en exceso a dicha contraprestación razonable.

En ese sentido, corresponde a este Cuerpo Colegiado pronunciarse respecto a dichos pagos realizados en exceso, siendo que la empresa reclamante ha solicitado que éstos sean considerados como pagos a cuenta.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Cuerpo Colegiado considera que en caso efectivamente se haya producido dicho pago en exceso, los montos correspondientes deben ser considerados pagos a cuenta, siendo que ambas partes deben realizar la liquidación respectiva a efectos de determinar exactamente el monto que se habría pagado en exceso.

De conformidad con el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la pretensión de Multivisión S.R.L. de realizar la correcta interpretación de la cláusula segunda y cuarta del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de fecha 28 de agosto de 2013, celebrado entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADA la pretensión de Multivisión S.R.L. de revisar la contraprestación establecida en el contrato celebrado con Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. y, en consecuencia, modificar el monto de la contraprestación mensual establecida en el contrato antes mencionado, estableciendo dicha contraprestación mensual en una suma de S/. 0.29 para postes de baja tensión y S/. 0.95 para postes de media tensión, la cual resultará exigible para el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, a partir de la fecha de celebración del contrato N° GG/AL-331-2013-SEAL.

Artículo Tercero.- Declarar FUNDADA la pretensión de Multivisión S.R.L. respecto a que se declare que Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. debía sustentar de manera

técnica y legal, las razones por las cuales había cambiado de metodología de cálculo y la forma como ha determinado las nuevas tarifas por el arrendamiento de infraestructura. Sin embargo, atendiendo a que dicho sustento habría sido realizado en el transcurso del presente procedimiento, no corresponde ordenar a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. a cumplir con dicha exigencia.

Artículo Cuarto.- Declarar FUNDADA la pretensión de Multivisión S.R.L. de incluir dentro de las cláusulas del contrato celebrado entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., la cláusula de adecuación de condiciones más favorables establecida en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.

Artículo Quinto.- Declarar FUNDADA la pretensión de Multivisión S.R.L. respecto a que los pagos en exceso que se hayan realizado a favor de Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. por el acceso a la infraestructura instalada en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, se consideren como pagos a cuenta.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los miembros del Cuerpo Colegiado Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño, Jacqueline Jeanny Kam Paredes y Giovanna Aguilar Andía.