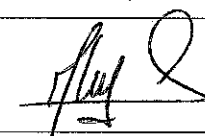
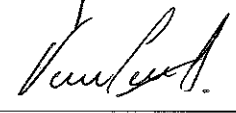


A	:	Ana María Granda Becerra Gerente General (e)
ASUNTO	:	Recurso de Reconsideración interpuesto por el concesionario Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., contra el Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 119-2015-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente Nº 00004-2015-CD-GPRC/MC
FECHA	:	02 de Diciembre de 2015

	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Luis Romero	
	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solís	
REVISADO POR:	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini	
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes	

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), que establece las condiciones legales, técnicas y económicas del acceso y uso a la infraestructura eléctrica de SEAL por parte de TV Cable Digital E.I.R.L. (en adelante, TV CABLE DIGITAL), en el ámbito del distrito de Cocachacra, provincia de Islay, departamento de Arequipa.

2. ANTECEDENTES.

Mediante comunicación recibida el 04 de junio de 2015, TV CABLE DIGITAL solicitó al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición con SEAL, a efectos de que se fije la contraprestación por el alquiler infraestructura eléctrica de propiedad de SEAL en los distritos de Cocachacra y Deán Valdivia (provincia de Islay, departamento de Arequipa).

Mediante carta c.562-GG-GPRC/2015 recibida el 15 de junio de 2015, el OSIPTEL corrió traslado a SEAL de la solicitud de Mandato de Compartición presentada por TV CABLE DIGITAL, solicitándole presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de los puntos de negociación sobre los que no ha llegado a consenso con TV CABLE DIGITAL.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 089-2015-CD/OSIPTEL de fecha 06 de agosto de 2015, se amplió en treinta (30) días hábiles el plazo para que el OSIPTEL emita el proyecto de Mandato de Compartición entre las empresas TV CABLE DIGITAL y SEAL, notificándose dicha resolución a ambas empresas.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 105-2015-CD/OSIPTEL de fecha 03 de setiembre de 2015 –sustentada en el Informe N° 329-GPRC/2015- se declaró improcedente la solicitud para la emisión de mandato de compartición formulada por TV CABLE DIGITAL, respecto del distrito de Deán Valdivia, provincia de Islay, departamento de Arequipa.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 106-2015-CD/OSIPTEL de fecha 03 de setiembre de 2015 –sustentada en el Informe N° 329-GPRC/2015-, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, entre las empresas TV CABLE DIGITAL y SEAL, respecto del distrito de Cocachacra, provincia de Islay, departamento de Arequipa; asimismo, se otorgó a las partes un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, a efectos que presenten sus respectivos comentarios al citado proyecto.

Mediante carta s/n recibida en fecha 18 de setiembre de 2015, TV CABLE DIGITAL presentó sus comentarios al Proyecto de Mandato.

Mediante carta P.AL-410-2015-SEAL recibida el 22 de setiembre de 2015, SEAL presentó sus comentarios al Proyecto de Mandato.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL, de fecha 07 de octubre de 2015, se aprobó el Mandato de Compartición entre SEAL y TV CABLE DIGITAL, contenido en el Informe N° 387-GPRC/2015; habiendo sido la referida



resolución, notificada a SEAL y TV CABLE DIGITAL en fechas 15 y 16 de octubre de 2015 respectivamente, y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de octubre de 2015.

Con escrito recibido en fecha 05 de noviembre de 2015, SEAL interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición, solicitando que se proceda a su revocatoria, o en su defecto se reformule en mérito a los argumentos que expone.

A través de la comunicación C.1173-GG.GPRC/2015, recibida en fecha 13 de noviembre de 2015, se corrió traslado a TV CABLE del recurso de reconsideración interpuesto por SEAL contra el Mandato de Compartición, a fin que TV CABLE DIGITAL manifieste lo que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

A través del escrito recibido en fecha 24 de noviembre de 2015, TV CABLE DIGITAL presentó sus comentarios al recurso de reconsideración interpuesto por SEAL contra el Mandato de Compartición.

Mediante comunicación C. 1211-GG.GPRC/2015, de fecha 02 de diciembre de 2015, se corrió traslado a SEAL del escrito presentado por TV CABLE DIGITAL en fecha 24 de noviembre de 2015; para conocimiento y fines.

3. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR SEAL.

3.1. Argumentos planteados por SEAL.

SEAL ha interpuesto recurso de reconsideración en contra del Mandato de Compartición, solicitando que se proceda a su revocatoria, o en su defecto se reformule en mérito a los argumentos que a continuación expone.

El referido recurso de reconsideración se sustenta en las siguientes consideraciones:

(i) Respecto a la contraprestación para la compartición de infraestructura provista por concesionario del sector eléctrico.

(i.1) SEAL manifiesta que el mandato de compartición se ha dictado aplicando una fórmula contenida en una norma no aplicable al caso: marco normativo bajo el cual se deberá determinar la contraprestación mensual aplicable.

Señala que el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicas de telecomunicaciones se encuentra regulado por la Ley N° 28295, debidamente reglamentada por el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC (en adelante el Reglamento). Asimismo, indica que conforme a ello, los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura, señalando que en el presente caso, al ser SEAL, titular de la infraestructura, y encontrarse obligado de compartirla tiene derecho a recibir una contraprestación por el uso de su infraestructura.

SEAL manifiesta que el Consejo Directivo ha señalado que existen dos marcos normativos que promueven la fijación de una contraprestación razonable por acceso a la infraestructura de uso público, alineada a los costos económicos de la provisión de



compartición de la referida infraestructura. Indica que estos marcos normativos son: (i) La Ley N° 28295 y su Reglamento y (ii) la Ley N° 29904 y su Reglamento.

SEAL menciona que en base a ello, el Consejo Directivo del OSIPTTEL ha señalado textualmente en el Informe que incluye el Mandato de Compartición: *"La determinación de la contraprestación mensual que le corresponde pagar a TV CABLE DIGITAL, por el acceso a la infraestructura del servicio de energía eléctrica. SEAL, está circunscrita a la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, por ser el referente más cercano aplicable al presente caso"*.

SEAL indica que el OSIPTTEL ha establecido que el pago mensual por el acceso y uso de su infraestructura debería realizarse aplicándose la siguiente fórmula:

- (i) La renta mensual por cada poste de baja tensión será el resultante de la siguiente expresión:

$$\text{Pago mensual} = \text{Imp} + \frac{f * i * (1 + m) * (1 + i_m) * TP}{12 * Na}$$

- (ii) La renta mensual por cada poste de media tensión será el resultante de la siguiente expresión:

$$\text{Pago mensual} = \text{Imp} + \frac{f * h * (1 + m) * (1 + i_m) * TP}{12 * Na}$$

Sin embargo, SEAL considera que la aplicación de la referida fórmula vulnera el principio de legalidad¹ establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente al presente procedimiento.

Sustentan su posición en que la referida fórmula y metodología ha sido regulada para la aplicación a la compartición de Infraestructura en el marco de la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica; precisando que la propia Ley N° 29904 señala:

"Artículo 1. Objeto de la Ley

El propósito de la Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento."

Asimismo, precisan que la mencionada Ley define a la Banda Ancha de acuerdo a lo siguiente:

¹ Art. IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.



“Artículo 4. Definición de Banda Ancha

Para efectos de la presente Ley, entiéndase por Banda Ancha a la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.”

SEAL también señala que la Ley indica expresamente que la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica facilita el acceso de la población a la Banda Ancha por ser una red de transporte de alta velocidad para posibilitar el desarrollo de la Banda Ancha a nivel Nacional:

“Artículo 7: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

7.1 Es política de Estado, en razón de su alto interés público, que el país cuente con una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que facilite el acceso de la población a la Banda Ancha y que promueva la competencia en la prestación de este servicio.

7.2 La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica es una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y con fiabilidad, que estará diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, para posibilitar el desarrollo de la Banda Ancha a nivel nacional.

(...)”

SEAL considera que en el presente caso que la solicitud de compartición y uso de infraestructura realizada por la empresa TV CABLE DIGITAL es para los servicios de públicos de radiodifusión por cable sin que estén relacionadas sus líneas de conexión con la Red Dorsal de Banda Ancha; estando demostrado entonces que la Ley N° 29902 tiene un objeto ajeno al que determina la compartición de infraestructura para los servicios públicos de radiodifusión por cable.

En consecuencia, consideran que la Fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es solamente para la aplicación; por ejemplo, de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. actual concesionaria de la Banda Ancha a Nivel Nacional en el Perú.

Señalan que la finalidad de la referida Ley, fue promocionar de manera específica la Fibra Óptica en beneficio de la población para que puedan existir mayores beneficiarios del servicio, por tanto sus tarifas están concebidas por la economía de escala.

SEAL manifiesta que no se puede aplicar la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013- MTC, dado que la empresa TV CABLE DIGITAL presta servicios de radio.

(i.2) No es de aplicación la fórmula establecida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL.

SEAL manifiesta que no es de aplicación la fórmula establecida en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL, toda vez que la metodología de fijación de la contraprestación aplicable a la compartición de infraestructura prevista por un



concesionario de servicio público de telecomunicaciones no es la misma que la fijación de la contraprestación aplicable a la compartición de infraestructura prevista por un concesionario del sector eléctrico, ya que el concesionario del sector eléctrico debe basarse en el criterio de costo incremental.

Consecuentemente, indican que el mandato de compartición dictado establece que en los mandatos de compartición que emite el OSIPTEL conforme a la Ley N° 28295 y su Reglamento son para los titulares de la infraestructura de uso público asociada a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; siendo el presente caso la empresa titular obligada a compartir su infraestructura una empresa de concesión eléctrica, como es SEAL.

En tal sentido, señalan que si bien la Ley N° 28295 es de aplicación a los titulares de infraestructura de uso público, la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL, ha sido creada, dentro de las facultades del OSIPTEL, para establecer una tarifa obligatoria a los usuarios de Telecomunicaciones y no a los del sector Energía.

Consecuentemente SEAL manifiesta que el hecho que no se aplique la fórmula aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2006-CD/OSIPTEL, no puede conllevar a que se pretenda aplicar la fórmula que contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

(i.3) Aplicación de una formula AD HOC.

SEAL considera que no existe una fórmula obligatoria para las empresas de energía titulares de la infraestructura; por lo que debe aplicarse una formula AD HOC que recoja las necesidades y los costos que se incurren originados por la propia prestación de su servicio.

Fundamenta lo señalado en lo establecido en el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295, que establece:

“Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

- 1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.*
- 2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.*
- 3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público. Asimismo, 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.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, 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.

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:

- 1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.*
- 2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.*
- 3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.*
- 4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.*
- 5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.*
- 6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.*

En tanto y 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".

SEAL manifiesta que de la lectura del citado artículo se tiene que en la medida en que no sea posible obtener información de costos, para determinar la contraprestación que deberán pagar los agentes que acceden a la infraestructura de uso público de un tercero, se podrán utilizar como referentes los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado del mercado nacional o internacional razonablemente competitivos.

En base al mencionado SEAL ha establecido como tarifas S/. 2.99 por cada punto de apoyo en las estructuras de Baja Tensión y S/. 6.12 por apoyo en estructuras de media tensión; precio que indican se ha sido recogido del análisis del mercado nacional y de los costos incurridos como supervisión y anclaje que tienen que asumir las empresas titulares de la infraestructura destinada al sector eléctrico.

Indican también que su empresa ha tenido que iniciar un proceso civil contra la empresa solicitante del Mandato de Compartición por los constantes incumplimientos así como el uso de nuestra infraestructura sin consentimiento; hecho que los obliga a duplicar la supervisión de su infraestructura a fin de no perjudicar a sus usuarios.



En base a ello, solicitan que se analice la aplicación de una fórmula AD HOC que se aplique al caso en concreto, donde SEAL pueda recuperar los costos de supervisión y anclaje y recoja los antecedentes de incumplimiento de la empresa solicitante; puesto que el inicio de acciones legales contra ella también genera costos a su representada que no se están tomando en cuenta.

(ii) Garantías a presentarse: no puede disponerse que sea SEAL quien otorgue garantías a TV CABLE DIGITAL.

SEAL indica que el Reglamento de la Ley N° 28295 señala:

"Artículo 24.- Seguros y Garantías

El titular de la infraestructura de uso público puede exigir a los solicitantes de acceso y uso compartido, lo siguiente:

- 1. El otorgamiento de seguros a favor propio o de terceros, atendiendo a la naturaleza y riesgos del servicio involucrado.*
- 2. El otorgamiento de garantías por el pago por el uso de la infraestructura de uso público. En cualquier caso, los requisitos que se exijan deben ser razonables y/o ajustarse a estándares aceptados internacionalmente".*

De ello SEAL entiende, que con la finalidad de resguardar y asegurar la infraestructura que se está compartiendo, podrá exigir a TV CABLE DIGITAL la presentación de garantías. Sin embargo, de acuerdo al Mandato de Compartición, advierten un error manifiesto pues se ha señalado que SEAL deberá entregar las garantías correspondientes a TV CABLE DIGITAL.

SEAL indica que el numeral 20.3 del Mandato de Compartición aprobado por OSIPTTEL señala expresamente:

20.3. La póliza de seguro por responsabilidad civil, deberá otorgar una cobertura por el monto de S/. 30,000.00 (Treinta mil nuevos soles) la cual debe cubrir entre otros riesgos, a los daños, pedidas o lesiones que pudieren sobrevenir a SEAL, por las multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a TV CABLE DIGITAL por causas imputables a SEAL durante el despliegue del Cable de Comunicación, por las entidades fiscalizadoras del sector energético.

SEAL señala que de la lectura del numeral anteriormente referido, se puede apreciar que se está vulnerando abiertamente lo dispuesto en el artículo 24° del Reglamento de la Ley N° 28292, toda vez que además de compartir la infraestructura están obligando a SEAL otorgar una garantía a favor de la empresa TV CABLE DIGITAL, empresa que indica cuenta con antecedentes de incumplimiento, acreditados con el inicio de un proceso civil de obligación de dar suma de dinero, iniciado ante el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Por lo expuesto, SEAL solicita que se corrija el error referido y se obligue a la empresa TV CABLE a presentar una garantía por responsabilidad civil a favor de SEAL.

(iii) Respecto a los factores que conforman la fórmula para la determinación de la contraprestación a que SEAL tiene derecho.

SEAL señala que en el supuesto negado que el OSIPTTEL considere que se debe aplicar la fórmula, se debe advertir el error al momento de cuantificar las variables, toda vez



que no se está considerando el pago único; sin embargo, consideran que no se ha tomado en cuenta que la empresa TV CABLE DIGITAL nunca ejecutó el contrato y utilizó de manera ilegal la infraestructura de SEAL.

Asimismo, SEAL advierte que no se han incluido los gastos de anclaje y supervisión correspondientes a la variable OMc de la fórmula cuya aplicación se dispuso; por lo que el valor, así como está, no refleja el valor real en el que incurre SEAL al compartir la infraestructura.

SEAL menciona que incurre en los siguientes costos al compartir la infraestructura:

a. Cálculo del Rendimiento promedio.

Red. Promed. = Cantidad / (20 días x 24 meses)

Descripción	Cantidad	Días por mes	Meses	Rendimiento
Inspección de estructuras compartidas en Arequipa	32845	20	24	68.43
Inspección de estructuras compartidas en Zonales	9967	20	24	20.76
Rendimiento promedio				89.19

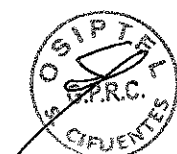
b. Cálculo de los Costos Directos.

Factor de Labor = $1/20/8 = 0.00625$

A. Actividad de Supervisión.

Función	Cantidad	Remuneración S/.	HH por Actividad/día	S/. HH	Total día	Costo/Estruc. (S/.)
Jefe Administración Contrato	1	7800	0.5	48.75	24.38	0.274
Especialista Supervisor	1	4510	9	28.19	253.69	2.850
Personal de apoyo Técnico	1	4391	9	27.44	246.99	2.775
Total supervisión						5.9

Dónde: S/. HH = Remuneración x Factor de Labor
 Total día = HH por actividad/día x S/. HH
 Costo/Estruct. (S/.) = Total día x Rendimiento promedio



B. Equipos empleados.

Descripción	Factor de Uso	Costo S./recorrido/día	HM empleados	Incid.	S/. HM/Estructura
Camioneta	0.3	96	9	0.3236	0.3236
Equipos Varios	0.25	10	10	0.0281	0.0281
TOTAL EQUIPOS					0.3517

C. Actividad Tercerizada.

Descripción	Cantidad	Costo Unitario S. IGV	Costo/Estructura S/.
1. Inspección estructuras Areq.	32845	2.12	0.09
2. Inspección estructuras Zonales	9967	3.47	0.14
3. Inspección Viabilidad Areq.	6000	0.85	0.85
4. Inspección Viabilidad Zonales	1500	1.69	1.69

D. Total Costo Actual Directo O y M.

Estructuras Arequipa (A+B+C1+C3)	6.497
Estructuras Zonales (A+B+C2+C4)	6.654

E. Costos indirectos- 6% de O y M.

Estructuras Arequipa	0.390
Estructuras Zonales	0.399

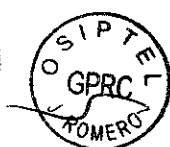
F. Costos Totales

Estructuras Arequipa D+E	6.887
Estructuras Zonales D+E	7.053

Costo promedio

C. Estructuras Arequipa + C Estructuras Zonales/2	6.97
---	-------------

En este contexto SEAL señala que el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo viola también el principio de unidad de procedimiento, al sustentar su decisión



en piezas procesales que no forman parte de la solicitud del mandato, y que han sido tomadas en cuenta fuera de un acto formal de acumulación de procedimientos como son los documentos que obran en el procedimiento que aún no concluye entre nuestra empresa y la empresa Multivisión S.R.L.

3.2. Comentarios de TV CABLE DIGITAL a los argumentos del recurso de reconsideración de SEAL.

TV CABLE DIGITAL remite los siguientes comentarios:

- (i) Todos los puntos en los cuales SEAL basa su solicitud de reconsideración, han sido analizados en toda su extensión por el OSIPTEL, en base a las leyes y normas que rigen las actividades de las telecomunicaciones en el país, por lo que consideran que la solicitud de reconsideración de TV CABLE DIGITAL es extemporánea y redundante.
- (ii) La ley sobre el uso compartido de postes pretende dar facilidades a todas las empresas de telecomunicaciones a un acceso compartido de las infraestructuras de uso público, por lo tanto la contraprestación que se debe pagar por el uso de estas infraestructuras debe ser justa, por lo que SEAL en vano pretende lucrar excesivamente, lo cual impide la accesibilidad de los servicios de telecomunicaciones a los usuarios, ya que se aumentarán las tarifas y lo que se desea es que todo el público tenga acceso a un buen servicio y con precio al alcance de todos.
- (iii) La resolución del OSIPTEL en su artículo 5 dice: *"la negativa a cumplir con el mandato de compartición de infraestructura que se dicta mediante la presente resolución, constituye una infracción muy grave, de conformidad a lo establecido en el literal a)- numeral 1) del Artículo 17 de la Ley N° 28295, Ley que regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones"*, por lo que SEAL debe cumplir con la referida disposición.

3.3. Posición del OSIPTEL.

- (i) **Respecto a la contraprestación para la compartición de infraestructura provista por concesionario del sector eléctrico.**

Sobre el particular, es importante reiterar lo mencionado en el Mandato de Compartición, respecto a que el marco legal bajo el cual se tramita el presente procedimiento administrativo, es el establecido a partir de la Ley N° 28295- Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones- y su Reglamento. En ese contexto, no es de aplicación la Ley N° 29904- Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Como puede evidenciarse de la documentación emitida por el OSIPTEL, este organismo ha procedido a emitir el mandato de compartición solicitado por TV CABLE DIGITAL en virtud de la Ley N° 28295, por lo que todo el análisis desarrollado respecto de las condiciones de acceso, incluidas las condiciones económicas, están enmarcadas dentro de dicha Ley.

En esa línea, respecto de las condiciones económicas, específicamente la retribución a SEAL por el acceso a sus postes, de acuerdo al marco legal establecido por la Ley N° 28295 y su normativa derivada, no es de aplicación la fórmula de retribución definida en



la Resolución N° 008-2006-CD/OSIPTEL pues ella define la retribución del costo en que incurre un operador del servicio público de telecomunicaciones. Para la retribución a un operador del sector eléctrico (como SEAL), dadas las diferencias existentes entre ambos sectores respecto de los costos incurridos a ser cubiertos, a dicho operador se le debería retribuir según una fórmula ad-hoc.

Al respecto, la Comisión creada por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28295, expuso que la contraprestación aplicable a la compartición de infraestructura provista por concesionario del sector eléctrico debe basarse en el criterio de costo incremental. En ese sentido, en el Numeral V.2 del informe elaborado por dicha Comisión se señala que la metodología para fijar las tarifas por el uso compartido de las infraestructuras eléctricas existentes, deben efectuarse de forma ad-hoc considerando el marco regulatorio vigente del sector eléctrico, en vista de 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 Eléctricas y su Reglamento. En ese entendido, se mencionó que el costo o compensación por el uso compartido de las redes eléctricas para prestar el servicio de telecomunicaciones sólo debe corresponder al costo adicional incurrido por prestar dicho servicio. Es decir, si se implementa la infraestructura eléctrica existente para brindar los servicios de telecomunicaciones, se incurriría en costos incrementales que deberían ser asumidos por los usuarios de telecomunicaciones, dado que estos incrementos no son remunerados por los usuarios del sector eléctrico.

De esta forma, queda claro que los costos que deben ser retribuidos a un operador del sector telecomunicaciones por brindar el acceso a su infraestructura son distintos a los que deben ser retribuidos a un operador del sector eléctrico, por lo que para el caso del presente mandato de compartición no es aplicable la fórmula establecida en Resolución N° 008-2006-CD/OSIPTEL sino una derivada de una metodología ad-hoc que contemple la retribución en función a los costos incrementales en que incurre dicho operador eléctrico.

En ese sentido, el análisis pasa a definir cuál es la metodología ad-hoc que permite definir el monto de la retribución al operador eléctrico (en este caso SEAL). El mandato de compartición reconsiderado establece que la metodología ad-hoc para calcular la retribución de los costos en que incurre SEAL por darle acceso a su infraestructura a TV CABLE DIGITAL deriva en una fórmula equivalente a la definida en el Anexo I del Reglamento de la Ley N° 29904.

De esta forma, no es que se haya aplicado directamente la fórmula del Reglamento de la Ley N° 29904 a este mandato de compartición dado que, como se mencionó, su marco legal aplicable es la Ley N° 28295. Además, como lo señala efectivamente SEAL, TV CABLE DIGITAL no presta servicios de banda ancha por lo que no le es aplicable directamente la Ley N° 29904, ni en su procedimiento administrativo ni en la fórmula de retribución. No obstante, el hecho de que no se le aplicable dicha Ley no invalida que conceptualmente la fórmula que calcula la contraprestación del acceso permite retribuir a SEAL sus costos incrementales de brindar dicho acceso. En ese sentido, dado que se requiere una metodología ad-hoc, es decir, distinta de aquella que retribuye los costos medios de un operador de telecomunicaciones; el referente más próximo que se tiene respecto de una metodología que permite recuperar los costos incrementales es la definida en el Anexo I del Reglamento de la Ley N° 29904.

Asimismo, y según se señaló en el Informe N° 387-GPRC/2015 (punto 5.2.3.F, páginas 33-35), del análisis del citado referente se concluyó que resultaba consistente con las disposiciones del Reglamento de la Ley N° 28295 relativas a la determinación de la

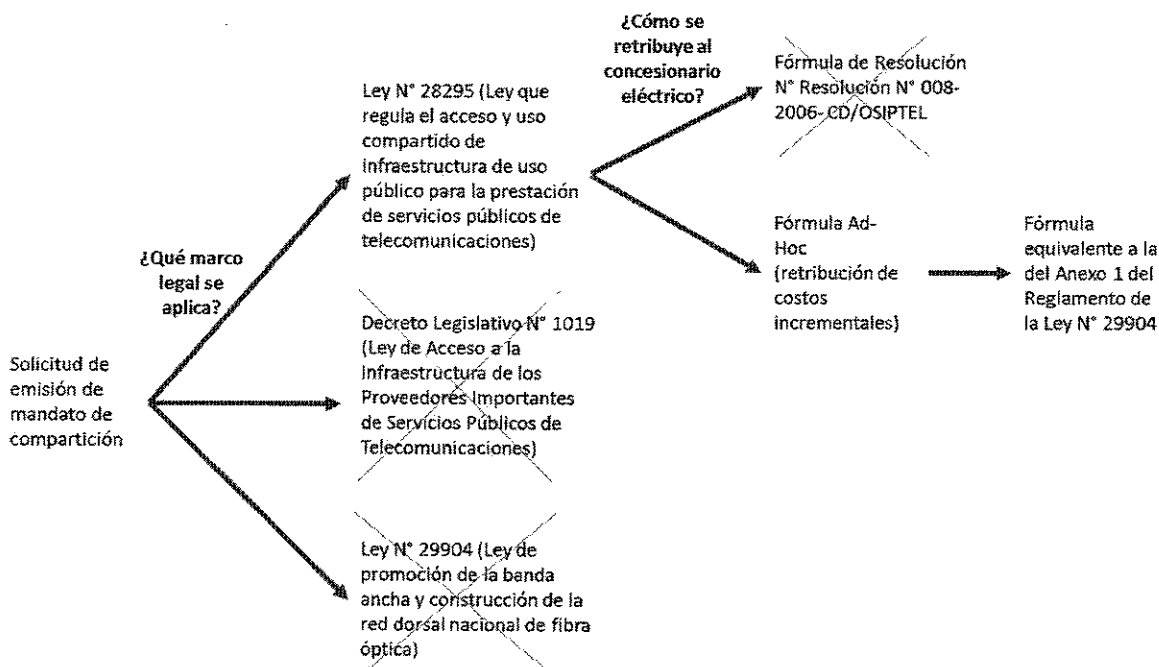


contraprestación a ser pagada por el acceso y uso de la infraestructura (artículos 34 y 35 del citado Reglamento), por cuanto el mencionado referente: (i) ha sido elaborado de manera *ad hoc* en función a la regulación del subsector eléctrico, contando con la intervención del OSINERGMIN y del Ministerio de Energía y Minas, (ii) evita que se cubran costos ya pagados por la prestación de servicios de mercados con tarifas reguladas y permite la retribución de los costos incrementales, (iii) mantiene los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de SEAL, (iv) minimiza los costos económicos de SEAL de proveer y operar la infraestructura de uso público y maximiza la eficiencia productiva, (v) minimiza el costos regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición, y (vi) permite que SEAL recupere costos eficientes de proveer y mantener su infraestructura, con un margen de utilidad razonable.

En consecuencia, corresponde aplicar una fórmula equivalente a la definida en el Reglamento de la Ley N° 29904 como fórmula que también permite recuperar los costos incrementales de un operador eléctrico por brindar acceso a su infraestructura, siendo dichos costos independientes de la escala, estructura de costos o finalidad del proyecto de telecomunicaciones que utilice la referida infraestructura eléctrica.

En el siguiente gráfico se muestra el esquema del análisis realizado:

Definición de la metodología para el cálculo de la retribución al operador eléctrico por el acceso a su infraestructura



Por consiguiente, debe desestimarse la alegación de SEAL, respecto a que el Mandato de Compartición habría infringido el Principio de Legalidad; por el contrario, la decisión del Consejo Directivo se ha ceñido estrictamente a este principio, al haber sustentado su pronunciamiento en las disposiciones normativas aplicables al caso concreto, como se desprende del Informe N° 387-GPRC/2015.

En consecuencia, corresponde denegar la pretensión de este extremo a SEAL, y mantener lo dispuesto en el mandato de compartición.



(ii) Respecto a que no puede disponerse que sea SEAL quien otorgue garantías a TV CABLE

Sobre el particular, en el punto 5.3.3.B del Informe N° 387-GPRC/2015, el OSIPTEL expresó que, dado que la Ley N° 28295 dispone el derecho de SEAL de exigir a los solicitantes de acceso y uso compartido el otorgamiento de seguros a favor propio o de terceros, atendiendo a la naturaleza y riesgos del servicio involucrado; TV CABLE DIGITAL deberá emitir a favor de SEAL una Póliza de Responsabilidad Civil por un monto de S/. 30,000.00 (treinta mil Nuevos Soles).

Asimismo, en el numeral 20 del Anexo I del citado Informe, se dispuso lo siguiente:

“20.3 La póliza de seguro por responsabilidad civil, deberá otorgar una cobertura por el monto de S/. 30,000.00 (Treinta mil nuevos soles), la cual debe cubrir entre otros riesgos, a los daños, pérdidas o lesiones que pudieren sobrevenir a SEAL, por las multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a TV CABLE DIGITAL por causas imputables a SEAL durante el despliegue del Cable de Comunicación, por las entidades fiscalizadoras del sector energético.”

20.4 Dentro de los diez (10) días hábiles de comunicado el monto de retribución mensual, TV CABLE DIGITAL deberá presentar a SEAL una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (03) meses de retribución mensual por el acceso y uso de los postes del servicios de energía eléctrica, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de SEAL, para garantizar a éste el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada, en el mismo plazo antes señalado, en la medida que SEAL apruebe Rutas adicionales. En caso de ejecución, TV CABLE DIGITAL deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.”

De esta forma, queda claro que la obligación dispuesta en el mandato de compartición de emitir la garantía es a TV CABLE DIGITAL y que el beneficiario de ella es SEAL; no obstante debe aclararse el supuesto bajo el cual se sustenta la emisión de la garantía (numeral 20.3). La referida póliza de seguro por responsabilidad civil debe otorgar una cobertura para cubrir, entre otros, los daños, pérdidas o lesiones que perjudiquen a SEAL, derivado de multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a SEAL por causas imputables a TV CABLE DIGITAL.

En ese sentido, corresponde acoger la solicitud de SEAL sobre este extremo, y sustituir el numeral 20.3 del Anexo I del Informe N° 387-GPRC/2015, en los siguientes términos:

“20.3 La póliza de seguro por responsabilidad civil, deberá otorgar una cobertura por el monto de S/. 30,000.00 (Treinta mil nuevos soles), la cual debe cubrir entre otros riesgos, a los daños, pérdidas o lesiones que pudieren sobrevenir a SEAL, por las multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a SEAL por causas imputables a TV CABLE DIGITAL durante el despliegue del Cable de Comunicación, por las entidades fiscalizadoras del sector energético.”



(iii) Respetto a los factores que conforman la fórmula para la determinación de la contraprestación a que SEAL tiene derecho

Sobre el particular, conforme lo ha referido SEAL en su escrito, el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295 es claro en establecer, respecto de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios en los mercados con tarifas reguladas. Asimismo, dispone que, en el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, 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. En ese entendido, SEAL debe ser retribuido por la inversión incremental y por los costos operativos incrementales en que incurra por brindar el acceso a TV CABLE DIGITAL.

Respecto de la inversión incremental, el mandato de compartición ha establecido que ésta debe ser retribuida a través de un pago inicial por única vez. En efecto, el numeral 4.1 del anexo 1 del Informe 387-GPRC/2015, el OSIPTTEL ha dispuesto, respecto del cálculo de la contraprestación única por el acceso y uso de infraestructura, que ésta debe cubrir la inversión incremental (costos más margen de utilidad) por la adecuación de la infraestructura, lo cual comprende los costos de reforzamiento de los postes que así lo requieran. Se dispone, adicionalmente, que el pago de la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura se realizará en su totalidad en el período de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada, de acuerdo al procedimiento y plazos incluidos en dicho mandato. En consecuencia, no corresponde la afirmación de SEAL de que el mandato de compartición no está considerando dicho pago único.

Respecto de los costos operativos incrementales, el mandato de compartición ha establecido su cálculo en función a una fórmula equivalente a la definida en el anexo I del Reglamento de la Ley N° 29904. Esta fórmula calcula el OPEX incremental a partir del costo de las torres o postes regulados por el sector energía, incluyendo el costo del montaje de los mismos o de los suministros. Es así que uno de sus componentes es la variable "OMc", que corresponde al costo OPEX adicional de la infraestructura cuando ésta se comparte y que está definida como el 20% del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición (variable "OMs" de la citada fórmula).

En este punto, SEAL ha mencionado que el mandato no ha incluido los gastos de anclaje y de supervisión correspondientes a la variable "OMc" (OPEX incremental). Sobre el particular, debe señalarse que el OPEX incremental, incluye, por definición, todo costo recurrente adicional producto de la compartición de los postes o torres, incluyendo los costos mencionados por SEAL. En ese sentido, la fracción "f", equivalente al 20% del OPEX sin compartición (OMs), es el factor que incorpora dichos conceptos, así como todos aquellos costos relacionados a actividades derivadas específicamente del acceso de TV CABLE DIGITAL a la infraestructura de SEAL.

De esta manera, todos los costos expuestos por SEAL en su escrito, como son las actividades de supervisión, equipos empleados y actividades tercerizadas, están incorporadas en el citado factor (20%). Tanto es así que, de no haber sido considerados dichos costos en el citado porcentaje, y ser incluidos en la retribución mensual como



conceptos adicionales; el factor “f” ya no sería de 20% sino un porcentaje menor de tal forma que, adicionando los conceptos ahora separados, se mantenga la equivalencia de los costos incrementales incurridos.

De esta forma, el mandato de compartición sí incluye las retribuciones por la inversión incremental y costos recurrentes incrementales incurridos por SEAL.

Finalmente, respecto de la afirmación de SEAL de que el mandato de compartición viola el principio de unidad de procedimiento, dado que sustenta su decisión en piezas procesales que no forman parte de la solicitud del mandato, y que han sido tomadas en cuenta fuera de un acto formal de acumulación de procedimientos (documentos que obran en el procedimiento que aún no concluye entre SEAL y la empresa Multivisión S.R.L.), el OSIPTel debe señalar que las conclusiones a las que ha llegado el regulador han sido producto de un análisis específico e independiente del proceso de solución de controversias seguido entre SEAL y la empresa Multivisión S.R.L. En efecto, el mandato de compartición no sustenta su posición en las conclusiones del procedimiento de solución de controversias, tanto es así que si bien ambos llegan a la conclusión de utilizar una fórmula equivalente a la incluida en el Anexo I del Reglamento de la Ley N° 29904, el mandato de compartición no operacionaliza la citada fórmula, pues considera que debe otorgarse flexibilidad a los pagos recurrentes en función a la variación en el tiempo de la infraestructura a ser compartida.

Cabe precisar que la revisión de la resolución de primera instancia del procedimiento de solución de controversias entre SEAL y Multivisión S.R.L. –cuyo contenido fue consultado de la página web del OSIPTel², en donde se encuentra publicado para conocimiento del público en general-, obedeció a la necesidad de analizar argumentos expuestos por TV CABLE al formular su solicitud de emisión de mandato de compartición. Sin embargo, en momento alguno se consideró que correspondía disponer la acumulación de los procedimientos como lo señala SEAL; en modo distinto, la sustentación del mandato de compartición ha sido expresada, en toda su extensión y alcance, en el Informe N° 387-GPRC/2015.

Finalmente, es oportuno retirar lo señalado en el numeral 5.5.3 del Informe N° 387-GPRC/2015, respecto a que el Mandato de Compartición es una norma de carácter particular que entra en vigor luego de ser emitida por el Consejo Directivo del OSIPTel, aplicándose a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; lo cual no limita que las prestaciones ejecutadas por SEAL con anterioridad a la vigencia del mandato y que dicha empresa señala que no han sido retribuidas por TV CABLE, así como los costos adicionales que le haya ocasionado el incumplimiento alegado, puedan ser reclamadas por SEAL en la vía pertinente.

Por lo tanto se considera que no corresponde modificar el mandato de compartición respecto de este extremo.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por SEAL, se presentan las siguientes conclusiones y recomendaciones:

² Enlace web: <http://www.osiptel.gob.pe/articulo/exp002-2014-cc>



1. Declarar parcialmente fundado el recurso de reconsideración presentado por SEAL y en consecuencia, sustituir el numeral 20.3 del Anexo I – Condiciones Generales del Mandato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, del Informe N° 387-GPRC/2015 que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL; en los siguientes términos:

“20.3 La póliza de seguro por responsabilidad civil, deberá otorgar una cobertura por el monto de S/. 30,000.00 (treinta mil Nuevos Soles), la cual debe cubrir entre otros riesgos, a los daños, pérdidas o lesiones que pudieren sobrevenir a SEAL, por las multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a SEAL por causas imputables a TV CABLE DIGITAL durante el despliegue del Cable de Comunicación, por las entidades fiscalizadoras del sector energético.”

2. Confirmar los extremos de la Resolución de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL que no sean modificados en virtud de la conclusión precedente.

