

A	:	SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
ASUNTO	:	ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 095-2019-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00001-2019-CD-GPRC/MC
FECHA	:	3 de octubre de 2019

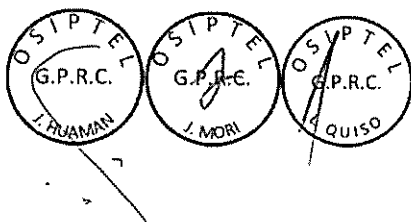
	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	ANALISTA DE POLÍTICAS REGULATORIAS	JORGE HUAMAN SANCHEZ
REVISADO POR:	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD (e)	JORGE MORI MOJALOTT
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUISO CÓRDOVA

1. OBJETO

Sustentar el pronunciamiento que corresponde emitir al OSIPTEL para resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 095-2019-CD/OSIPTEL (en adelante, Resolución 95), que aprueba el Proyecto de Mandato de Compartición de infraestructura entre la impugnante con la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil).

2. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta DMR/CE-M/N° 261/19, recibida el 6 de febrero de 2019, América Móvil solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura de media tensión con ENEL, en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 095-2019-CD/OSIPTEL, notificada a ENEL y América Móvil el 1 de agosto de 2019, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de infraestructura, otorgándose un plazo de 20 días calendario para recibir los comentarios de las referidas empresas.
- 2.3 Mediante Escrito S/N, recibido el 22 de agosto de 2019, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 95.
- 2.4 Mediante Escrito 2, recibido el 4 de septiembre de 2019, ENEL solicita tener presente en torno a su recurso de reconsideración, actuaciones adicionales entre América Móvil y ENEL que servirían para reforzar su oposición a lo resuelto en la Resolución 95.
- 2.5 Mediante Carta DMR/CE/N° 1930/19, recibida el 16 de septiembre de 2019, América Móvil remite su pronunciamiento respecto del Recurso de Reconsideración presentado por ENEL.
- 2.6 Mediante Escrito S/N, recibido el 23 de septiembre de 2019, ENEL responde a las observaciones efectuadas por América Móvil en su pronunciamiento alusivo al Recurso de Reconsideración.



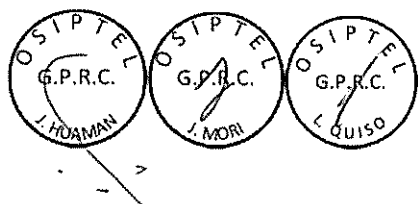
3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurso impugnatorio de ENEL se fundamenta en, resumen, los siguientes puntos:

- 3.1. De manera simultánea a haber solicitado al OSIPTEL el inicio del procedimiento para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, América Móvil ha recurrido al Programa Nacional de Telecomunicaciones (PRONATEL) para que apruebe¹ el *Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica de baja y media tensión como soporte de la red de Telecomunicaciones*², que habría suscrito con ENEL, el cual recogería expresamente los acuerdos adoptados en materia de acceso a la infraestructura eléctrica. Bajo este contexto, no amerita que el OSIPTEL siga evaluando un procedimiento de emisión de mandato, puesto que las partes tienen voluntad para negociar sin necesidad de la intervención del regulador.
- 3.2. ENEL, en otro momento de su reconsideración, reconoce que no existe en realidad un contrato suscrito a la fecha, sin embargo, dado que hay una voluntad acreditada para que las partes suscriban su acuerdo de compartición, lo apropiado sería que el OSIPTEL archive de oficio el procedimiento de emisión de mandato. Proseguir con el procedimiento desnaturalizaría lo establecido en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha puesto que no hay negativa para el acceso y uso compartido de la infraestructura.
- 3.3. Por su parte, América Móvil ha confirmado que no hay propiamente un acuerdo suscrito entre las partes sino la intención de suscripción de un contrato, que inclusive ha sido observado por el PRONATEL debido a que ENEL intentaría aplicar una retribución distinta a la que se encuentra plasmada en otros mandatos de compartición, aseverando que no se ha desistido del procedimiento de emisión de Mandato y, antes bien, solicita que no se suspenda o archive.
- 3.4. Finalmente, ENEL ha informado que el acuerdo no ha sido aprobado por PRONATEL debido a que ha observado la metodología para la fijación de la retribución, lo cual considera que siendo un acuerdo interpartes, el PRONATEL no tendría competencia para cuestionar dicha metodología. A su vez, insiste que

¹ Cabe indicar que el PRONATEL debe aprobar previamente los contratos de compartición de infraestructura, de acuerdo con las Bases y el Contrato de Financiamiento suscrito entre el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL -ahora PRONATEL- y América Móvil, en el marco de la adjudicación, por parte de ésta última, de la Licitación Pública Especial Proceso de Promoción de la Inversión Privada para la ejecución del Proyecto: "Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Lima" (en adelante, la "Licitación"), en marzo de 2018.

² Este proyecto de contrato habría sido remitido al PRONATEL por América Móvil mediante carta DMR/CE/ N° 1197/19 de fecha 21 de junio de 2019, para su respectiva aprobación, y luego de ello, proceder con su respectiva suscripción.



el acuerdo no es que se haya suscrito porque no exista voluntad, sino porque el PRONATEL ha observado una cláusula alejándose de su fuero.

4. PRETENSIONES DEL RECURSO

En razón de los fundamentos antes mencionados, ENEL solicita lo siguiente:

- i. Que se deje sin efecto la Resolución 95, en vista que hay un acuerdo de compartición previo entre ENEL y América Móvil.
- ii. Se archive el procedimiento de mandato y se deje sin efecto la solicitud de América Móvil para que el OSIPTEL emita un mandato de compartición con ENEL.
- iii. Como pretensión alternativa, ENEL plantea que se suspenda el procedimiento para la emisión del Mandato de Compartición hasta que se materialice el acuerdo con América Móvil.

5. ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO POR ENEL

5.1.- Aplicación de las disposiciones de la LPAG en el procedimiento de emisión de mandatos

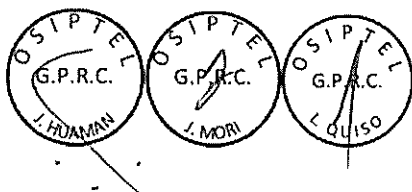
Antes de continuar con el análisis de la reconsideración es oportuno aseverar que el procedimiento para la emisión de un mandato no viene a ser un procedimiento administrativo³, en la medida que su resultado no es efectivamente un acto administrativo, sino una norma de carácter particular con efectos generales.

Sin embargo, esta condición no enerva el hecho de que el OSIPTEL utilice las herramientas previstas en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo LPAG), aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, para efectos de otorgar predictibilidad, oportunidad y transparencia a las decisiones normativas del OSIPTEL, de tal manera que la reserva de principios del procedimiento y disposiciones procedimentales que no se encuentran expresamente contempladas en el Procedimiento para la Emisión de un mandato de compartición de infraestructura, les sean plenamente aplicables.

³ Artículo 29 de la LPAG: (subrayado agregado)

"Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados."



5.2.- Plazo de interposición del recurso

ENEL ha interpuesto su recurso de reconsideración dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución 95, según se ha señalado en la sección precedente. Esto es que la impugnante ha cumplido el plazo previsto en el artículo 218 de la LPAG.

5.3.- Requisitos formales para la emisión de un mandato en materia de compartición

El procedimiento para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura se lleva a cabo bajo el marco de las reglas previstas en la Ley 29004, Ley de Banda Ancha⁴, su reglamento⁵ y la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL⁶, de cuyas normas se desprende expresamente que para emitir un mandato en materia de compartición de infraestructura debe seguirse cuando menos el siguiente procedimiento:

- Solicitud para la emisión de mandato de compartición, vencido el plazo de treinta (30) días hábiles para la correspondiente negociación.
- Notificación de emisión de mandato de compartición a la empresa titular de la infraestructura eléctrica, a fin de que remita la documentación que le sea solicitada dentro de un plazo específico.
- Notificación a las partes del proyecto de mandato de compartición, el cual será emitido por el OSIPTEL dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario, descontando los plazos referidos a requerimientos que permiten una

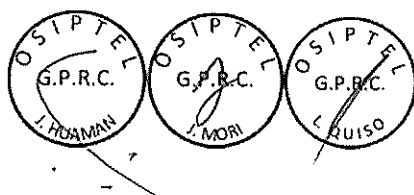
⁴ El artículo 3 declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

El artículo 13 establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.

El artículo 32 determina que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del citado artículo 13 y de otras disposiciones vinculadas al acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos.

⁵ Se establecen los principios, reglas y disposiciones complementarias para la aplicación de la referida ley. El Anexo 1 de dicho Reglamento fue modificado mediante Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03

⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de marzo de 2015. Se aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley N° 29904 (en adelante, el Procedimiento). Disponiéndose que los referidos mandatos se tramitan conforme al procedimiento dispuesto por la RCD N° 020-2008-CD/OSIPTEL, que aprobó las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, las Disposiciones Complementarias).



decisión adecuada por parte del regulador, otorgando un plazo para no menor de diez (10) días calendario, para recibir los comentarios de los involucrados.

Como ha de observarse, existe una etapa previa a la emisión de una decisión definitiva para que las partes sujetas al procedimiento puedan comentar sobre la propuesta de mandato que les ha sido notificada en el plazo oportuno, luego del cual se emite el mandato que, dado que es emitido en ejercicio de la función normativa con la que cuenta el OSIPTEL, reviste precisamente de ese carácter normativo.

5.4.- Análisis de procedencia

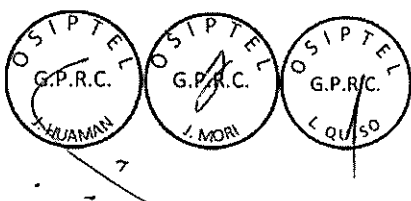
Mediante la Resolución 95 el OSIPTEL ha aprobado el proyecto de Mandato de Participación respecto del cual las partes del procedimiento – en este caso, ENEL y América Móvil- deben comentar sus observaciones, sugerencias y asuntos que consideren necesarios para que posteriormente el OSIPTEL establezca, en ejercicio de la función normativa que las leyes le atribuyen, una relación de participación entre aquellas, si ello corresponde, después del respectivo análisis.

Ahora bien, la Resolución 95, que aprueba el Proyecto de Mandato para recibir comentarios, viene a ser un acto de trámite, cuyo único objeto es impulsar una etapa de participación entre las partes, de manera previa a una última evaluación y consecuente decisión final, que se materializa en el mandato definitivo.

En efecto, siendo la Resolución 95 un acto de trámite:

- No establece una relación de participación entre ENEL y América Móvil.
- No se fijan obligaciones entre ENEL y América Móvil.
- No se ha dispuesto el otorgamiento de derechos o su restricción.
- No se afecta en modo alguno el derecho de las partes, las cuales tienen expedito su derecho de emitir sus comentarios y remitir información que sea necesaria a efectos de la decisión final por parte del OSIPTEL en materia del mandato de participación.
- No es un acto definitivo.
- No pone fin al procedimiento para la emisión del pronunciamiento que eventualmente podría determinar la relación de participación entre ENEL y América Móvil.

Por otro lado, la Resolución 95 no ha producido una contraposición con relación a un contexto en donde ENEL y América Móvil hayan alcanzado materializar un acuerdo de acceso y participación de infraestructura, toda vez que de los propios hechos indicados por ENEL se desprende que no existe acuerdo suscrito, que sería la única cuestión por la que se pondría fin al procedimiento de emisión de mandato. En ese sentido, seguir con el procedimiento no produce afectación alguna a las partes.



En este contexto, resulta de aplicación lo previsto en el segundo inciso del artículo 217 de la LPAG, que establece los alcances y limitaciones del derecho de contradicción administrativa: (subrayados agregados)

“Artículo 217. Facultad de contradicción

(...)

217.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)”

Bajo estas consideraciones, debe concluirse que la Resolución 95, mediante la cual únicamente se notifica el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura y se otorga el plazo para que ENEL y América Móvil puedan presentar sus propuestas, comentarios, observaciones e información necesaria sobre dicho proyecto, constituye un acto que no está comprendido dentro del ámbito de procedibilidad de los recursos administrativos establecido por el artículo 217.2 de la LPAG, siendo evidente además que este acto no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión alguna.

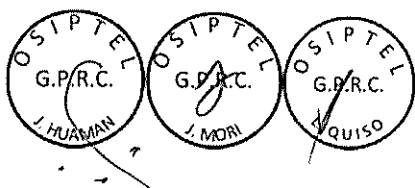
Por lo expuesto, la impugnada Resolución 95 no constituye un acto definitivo ni ha producido indefensión alguna al no haber determinado relación de compartición alguna; por lo tanto, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** el recurso administrativo planteado contra dicha resolución.

5.5.- Consideraciones finales

Al margen de la improcedencia del recurso de reconsideración interpuesto por ENEL, es importante precisar que:

- El hecho que América Móvil haya solicitado al PRONATEL la aprobación de su contrato en paralelo al procedimiento para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, no son actuaciones que se contrapongan, mientras que no exista un contrato suscrito, el mismo que debe cumplir con la normativa aplicable para las relaciones de compartición, conforme lo establece la Ley 29904 y su reglamento.

No obstante ello, cabe indicar que el mandato emitido por el OSIPTEL, en caso se materialice, no es objeto de revisión por parte del PRONATEL, siendo que una vez que entra en vigencia deberá ser acatado por las partes de manera plena y obligatoria.



- De los hechos detallados por ENEL se advierte que el PRONATEL ha observado la metodología para la fijación de la retribución en la relación de compartición que se pretendía suscribir. Al respecto, es importante señalar que las empresas están prohibidas de aplicar retribuciones distintas a las que establece el Anexo del Reglamento de la Ley 29904.

Bajo estas premisas, el OSIPTEL se encuentra legitimado a continuar con el procedimiento para la emisión del mandato correspondiente en los términos y plazos establecidos en la normativa vigente.

6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los argumentos expuestos en el presente Informe, esta Gerencia plantea las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso administrativo planteado por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 095-2019-CD/OSIPTEL.

Por lo concluido, se recomienda elevar el presente informe para la consideración del Consejo Directivo y, de ser el caso, emitir la resolución correspondiente, en los términos expuestos en el presente informe.

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

