

<b>A</b>	:	GERENCIA GENERAL
<b>ASUNTO</b>	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 063-2018-CD/OSIPTEL
<b>REFERENCIA</b>	:	EXPEDIENTE N° 00006-2017-CD-GPRC/MC
<b>FECHA</b>	:	16 de mayo de 2018

	<b>Cargo</b>	<b>Nombre</b>
<b>ELABORADO POR:</b>	Especialista en Costos e Interconexión	María Ochoa
	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis
<b>REVISADO POR:</b>	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini
<b>APROBADO POR:</b>	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso

## 1. OBJETO.

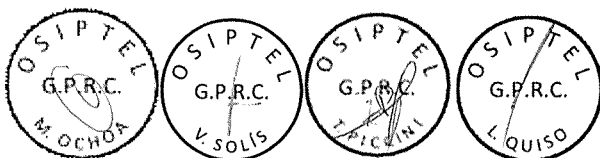
El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) y ENEL, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 9 de noviembre de 2015 (en adelante, el Contrato).

Cabe señalar que, el presente informe sustituye al Informe N° 00118-GPRC/2018 e incluye en su análisis, a requerimiento del Consejo Directivo, los argumentos y documentación complementaria presentada por ENEL al hacer uso de la palabra en la sesión del 16 de mayo de 2018.

## 2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta DJ-1258/17 recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904<sup>1</sup>, considerando: (i) la modificación de las variables “f” y “m” realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, RVM N° 768) y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en mandatos de compartición de infraestructura.
- 2.2 Mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el Contrato suscrito con ENEL.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL de fecha 08 de marzo de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de marzo de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a AZTECA PERÚ y ENEL, respectivamente, mediante la carta C.00184-GCC/2018 recibida con fecha 14 de marzo y la carta C.00185-GCC/2018 recibida con fecha 15 de marzo de 2018.
- 2.4 Mediante escrito recibido con fecha 09 de abril de 2018, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04 de noviembre del año 2013.



- 2.5 Mediante carta C.00276-GPRC/2018 recibida con fecha 16 de abril de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ del recurso de reconsideración interpuesto por ENEL, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.6 Mediante carta DJ-770/18, recibida con fecha 23 de abril de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por ENEL.
- 2.7 Mediante carta C.00311-GPRC/2018 recibida con fecha 27 de abril de 2018, se corrió traslado a ENEL de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de su recurso de reconsideración.
- 2.8 Mediante comunicación recibida con fecha 04 de mayo de 2018, ENEL solicitó se programe un informe oral ante el Consejo Directivo del OSIPTTEL, a efectos de exponer sus argumentos de defensa señalados en su recurso de reconsideración.
- 2.9 Mediante Memorando N° 00265-GPRC/2018 de fecha 11 de mayo de 2018, se puso a consideración de la Alta Dirección el Informe N° 00118-GPRC/2018, mediante el cual se analizó el recurso de reconsideración presentado por ENEL y la posición expuesta por AZTECA PERÚ respecto del mismo.
- 2.10 En fecha 16 de mayo de 2018, los representantes de ENEL hicieron uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSIPTTEL exponiendo sus argumentos de defensa, con la presencia de un representante de AZTECA PERÚ. En esta oportunidad, ENEL hizo referencia y presentó documentación complementaria a su posición respecto del valor que debería asumir el parámetro Na de la metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, a fin de calcular los precios máximos regulados de la contraprestación mensual por la compartición de su infraestructura eléctrica; documentación cuyo análisis ha sido solicitado a esta Gerencia por el Consejo Directivo.

### **3. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR ENEL.**

ENEL ha interpuesto un recurso de reconsideración el 09 de abril de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTTEL, efectuada el 15 de marzo de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por ENEL como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTTEL<sup>2</sup> y el trámite que este Organismo

<sup>2</sup> Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.  
"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.



Regulador brinda a los recursos que interponen los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

En ese sentido, corresponde brindar al recurso de reconsideración de ENEL el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

#### 4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ENEL.

##### 4.1. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR ENEL.

ENEL ha interpuesto recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición, a fin de que el Consejo Directivo declare la nulidad y deje sin efecto en su totalidad, la resolución que lo aprueba. A continuación se detallan los argumentos planteados por ENEL.

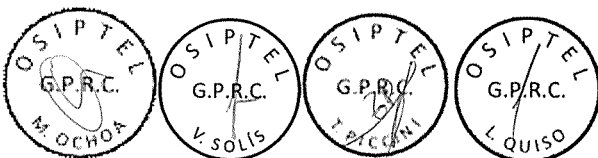
##### 4.1.1 AZTECA PERÚ señala que ya contaba con los derechos que -contradictoriamente- ha pedido que se creen en el Mandato de Compartición. Sin embargo, por definición un mandato crea nuevas situaciones jurídicas y no declara derechos preexistentes.

ENEL señala que AZTECA PERÚ consideró y considera que, desde antes de su solicitud de mandato de compartición, ya contaba con el derecho de pagar una retribución mensual distinta en virtud de la Metodología modificada por la RVM N° 768, según su errada apreciación. Tan es así, indica ENEL, que AZTECA PERÚ no paga a ENEL las facturas correspondientes desde agosto debido a que entiende que la RVM N° 768, que modificó la Metodología prevista en el Reglamento, varió su obligación jurídica de pago prevista en el contrato con ENEL, desde agosto de 2017.

ENEL sostiene que AZTECA PERÚ le solicitó “adecuar” el Contrato en dicho sentido, pero señalando que no era necesario pues la modificación normativa ya era aplicable. Por ello, ENEL menciona que AZTECA PERÚ, a través de su carta del 28 de setiembre de 2017, dejó claro que su solicitud inicial “no se encuentra referida a la renegociación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica (...)”.

Indica ENEL que, como prueba de lo anterior, en su propia solicitud de mandato, AZTECA PERÚ le señala al Consejo Directivo que la precisión del Contrato con ENEL “en estricto no [era] necesaria”.

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



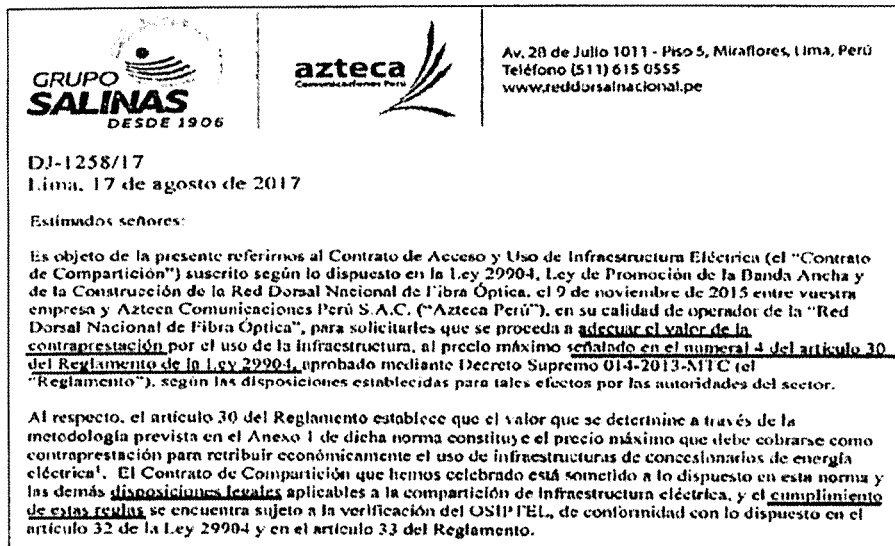
ENEL manifiesta que, si (i) AZTECA PERÚ señaló y señala que ya cuenta con los derechos que -contradictoriamente- pide que el Consejo Directivo cree a través de un mandato y (ii) AZTECA PERÚ señaló que la modificación del contrato no era en realidad necesaria; entonces es evidente que en dicha posición la emisión de un mandato es inútil, pues según la -errada- posición de AZTECA PERÚ es que incluso antes del Mandato de Compartición contaba con el derecho de pagar una Retribución menor a la pactada.

Manifiesta ENEL que, a través de un mandato, el regulador crea relaciones jurídicas que no existían con anterioridad a la solicitud de su emisión. El mandato no se emite para reconocer derechos que se consideran ya existentes con anterioridad a su solicitud. En ese sentido, ENEL refiere que el Mandato carece de objeto y su emisión atenta contra su propia naturaleza jurídica, a partir de las evidencias que se aprecian en la actuación de AZTECA PERÚ durante el procedimiento.

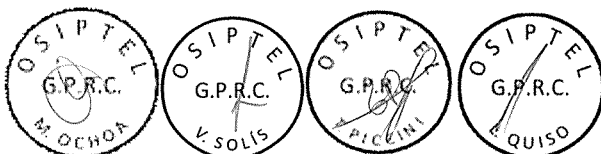
En efecto, ENEL expresa que AZTECA PERÚ en realidad solicita la aplicación de la RVM N° 768 al Contrato, situación que no se resuelve a través de la emisión de un mandato (que crea derechos, no declara los preexistentes), sino mediante los mecanismos aplicables de solución de conflictos.

A continuación ENEL expone algunas imágenes de los documentos de AZTECA PERÚ que dan cuenta de las circunstancias descritas<sup>3</sup>:



- Extracto de carta de AZTECA PERÚ a ENEL en agosto de 2017:





<sup>3</sup> ENEL manifiesta que los textos que cita en extracto en su recurso de reconsideración, no son necesariamente correlativos en el original.



- Extracto de carta de AZTECA PERÚ a ENEL en septiembre de 2017:

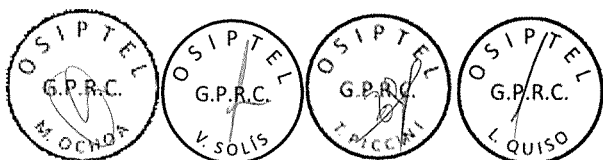
 <b>GRUPO SALINAS</b> DESDE 1906	 <b>azteca</b> Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
DJ-1446/17		
Estimados señores,		
Es objeto de la presente referirnos a su comunicación de la referencia (3), en virtud de la cual señalan que los términos del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre su representada y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (el "Contrato de Compartición"), particularmente aquellos referidos a la retribución, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.		
<p>Al respecto, respetuosamente procedimos a aclarar que <u>nuestra solicitud no se encuentra referida a la renegotiación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (el "Reglamento")</u>, de manera que la contraprestación a ser pagada a su representada, respete el precio tope resultante de la aplicación de la metodología materia de dicho Reglamento.</p>		

- Extractos de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ:

 <b>GRUPO SALINAS</b> DESDE 1906	 <b>azteca</b> Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
<p>5.2.20. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula cuarta y en el Anexo I el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dada la contundente negativa de ENEL y considerando que, <u>por equidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes</u>, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.</p>		
<p>1.10. En atención a la publicación de la Resolución Viceministerial, el 21 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a ENEL que adecuará las contraprestaciones que periódicamente venía exigiendo al monto que resultaba de la correcta aplicación de la Metodología, conforme a lo dispuesto por el MTC y a los criterios que OSIPTEL había establecido en sendos mandatos de compartición<sup>4</sup>. En ese sentido, <u>AZTECA buscó que se precisara en el Contrato de Compartición (aun cuando en estricto no fuera necesario), que las contraprestaciones por el uso de los postes y torres de ENEL en ningún caso podían exceder el precio máximo determinado conforme a la Metodología, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.</u></p>		

ENEL menciona que uno de los presupuestos básicos para la emisión de un mandato es que exista previamente la posibilidad y un período de negociación sobre la materia. Esto es expresamente establecido en el numeral 25.2<sup>4</sup> del Reglamento de la Ley N°

<sup>4</sup> "25. Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica (...) 25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de



29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha o Reglamento de la Ley N° 29904).

ENEL manifiesta que AZTECA PERÚ señaló muy claramente que la materia sobre la cual pidió el mandato no era susceptible de negociación. Refiere que, según la posición de AZTECA PERÚ, ENEL no estaba en posibilidad de negociar, simplemente tenía que hacerle caso.

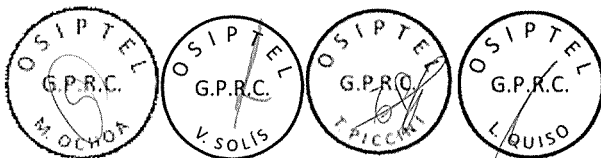
En tal sentido, ENEL señala que como la materia no era susceptible de negociación – pues refiere que la posición de AZTECA PERÚ era que simplemente se debía cumplir una nueva norma- entonces no pudo existir periodo de negociación y por lo mismo, no pudo existir un mandato. Es por ello, refiere ENEL, que la resolución impugnada que aprueba el Mandato de Compartición vulnera la propia naturaleza del procedimiento para la emisión de los mandatos de compartición. (El énfasis es agregado por ENEL). Como prueba de ello, ENEL agrega extractos del escrito de AZTECA PERÚ de noviembre de 2017:

2.4. En efecto, cuando AZTECA solicita en sus comunicaciones que se "*adecie la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente*", busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento.

2.10. **AZTECA no ha planteado variar una condición contractual respecto a la cual tenga plena libertad de negociación.** Como hemos señalado anteriormente, el Reglamento siempre ha previsto que en relaciones de compartición de infraestructura en favor de la Banda Ancha, la contraprestación debe ser calculada siguiendo la Metodología contenida en su Anexo 1, cuyo resultado debe ser considerado (imperativamente) como un precio máximo. En ese sentido, el operador de la Banda Ancha sólo puede negociar con las empresas eléctricas contraprestaciones que reflejen valores menores al referido precio máximo, nunca debiera acordar precios por encima de éste.

ENEL señala que, sobre la base de lo anterior, en la medida que un mandato crea nuevas situaciones y con ello obligaciones y derechos; y, considerando que AZTECA PERÚ entiende que ya contaba con el derecho a pagar una Retribución distinta, ha quedado demostrado que el Mandato de Compartición contraviene a su propia naturaleza jurídica y vulnera las disposiciones de la Ley N° 29904 (en adelante, Ley de Banda Ancha o Ley N° 29904) y su Reglamento. Indica que ello sucede en la medida que no se han cumplido los supuestos legales para la emisión de un mandato de compartición.

*infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión"*



Agrega ENEL que, en consecuencia, la resolución impugnada atenta contra el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1., artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), según el cual 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. De acuerdo a lo anterior, ENEL refiere que esta causal es suficiente para declarar la nulidad de la resolución impugnada.

**4.1.2 Al amparo de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, ENEL inició un proceso arbitral para determinar si jurídicamente es posible modificar la retribución mensual del Contrato; en consecuencia, el Mandato de Participación no debió ser aprobado y el procedimiento para su emisión debió ser suspendido.**

ENEL manifiesta que en octubre de 2017 inició un proceso arbitral contra AZTECA PERÚ ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, al amparo del convenio arbitral pactado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, cuyo texto establece lo siguiente:

***“Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje***

*(1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [\*] Días Hábiles.*

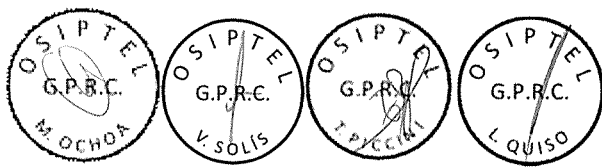
*(2) Si a criterio de una de las Partes la duda, diferencia o controversia a la que se refiere el numeral precedente no puede resolverse mediante el mecanismo y en el plazo previsto en dicho numeral, entonces dicha duda, diferencia o controversia será resuelta mediante arbitraje de derecho a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres (3) miembros que necesariamente deberán ser abogados colegiados. Dicho arbitraje será realizado conforme con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (...).”*

*(El énfasis es agregado por ENEL).*

ENEL señala que dicha demanda arbitral incluyó las siguientes pretensiones:

*“Primera pretensión principal: que el Tribunal Arbitral declare que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, la Retribución acordada en el Contrato entre Enel y Azteca no puede ser modificada por la Resolución ni por cualquier otra norma posterior, por el período mínimo de tres (3) años contados a partir del 9 de noviembre de 2015, esto es, hasta el 8 de noviembre de 2018.*

*Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: que en el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral declare que no resulta aplicable el artículo 62° de la Constitución Política del Perú a la Retribución pactada en el Contrato y, por ende, la Resolución y cualquier otra norma posterior pueden modificar la Retribución, que se ordene a Azteca pagar a Enel una compensación o indemnización dinerada que resulte del diferencial entre la Retribución y la nueva contraprestación dinerada que fije la Resolución u otra norma posterior por el período contractual del 9 de agosto de 2017*





hasta el 8 de noviembre de 2018. Segunda pretensión principal: que Azteca pague los costos y costas del arbitraje”.

ENEL indica que la controversia suscitada con AZTECA PERÚ por la modificación de la Retribución en el Contrato ya estaba siendo tramitada en la vía arbitral, iniciada de forma válida por ENEL, y en consecuencia, correspondía que el OSIPTEL se abstenga de emitir un mandato de compartición para evitar posibles decisiones contradictorias.

Manifiesta ENEL que en la práctica, otros organismos reguladores ya han adoptado correctamente dicho criterio. Por ejemplo, indica que mediante Resolución N° 5-2015-OS//CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN (en adelante, el Pronunciamiento OSINERGMIN) se estableció un criterio para determinar si las entidades públicas -incluyendo a los organismos reguladores- podían avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado.

ENEL sostiene que, según lo señalado por el Pronunciamiento OSINERGMIN, antes de conocer una determinada controversia, de acuerdo con las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071, (en adelante, la “Ley de Arbitraje”), la autoridad administrativa debe verificar si se ha acreditado la existencia del convenio arbitral y el eventual inicio del arbitraje:

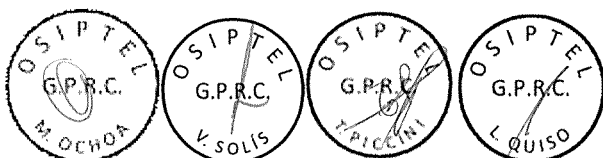
*“El numeral 2 del mencionado artículo 16° del Decreto de Arbitraje establece tres presupuestos cuyo cumplimiento debe ser evaluado por la autoridad al momento de resolver, siendo estos: i) deducir la excepción dentro del plazo correspondiente; ii) acreditar la existencia del convenio arbitral; y, iii) (de corresponder) acreditar el inicio de un arbitraje (entiéndase, sobre el mismo objeto materia de controversia).”*

ENEL señala que el proceso arbitral se considerará iniciado desde el momento en que la petición de arbitraje haya sido presentada ante el respectivo centro arbitral a cargo del proceso. ENEL refiere que el Pronunciamiento OSINERGMIN enfatiza que, si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida. Indica además que según el texto de dicha resolución, el fundamento de esta posición se deriva del reconocimiento del arbitraje como una expresión de la función jurisdiccional y de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometidas a dicho proceso<sup>5</sup>.

ENEL manifiesta que el Pronunciamiento OSINERGMIN agrega que, en aplicación del numeral 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen la facultad exclusiva y excluyente de decidir acerca de las materias de su competencia. Por lo mismo, y conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, si se ha iniciado el proceso

<sup>5</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

<sup>6</sup> Sentencias recaídas en los expedientes N° 1567-2006-PA/TC y N° 00142-2011-PA/TC.



arbitral, ninguna autoridad administrativa podrá interferir en materias sometidas al arbitraje, correspondiendo ello únicamente a los propios árbitros.

De acuerdo a ello, ENEL refiere que el Pronunciamiento OSINERGMIN sostiene que las actuaciones arbitrales no pueden ser cuestionadas sino a través de otras vías (fuera del ámbito de actuación de la Administración) especialmente previstas para tal fin, tales como las excepciones de competencia y el recurso de anulación del laudo:

*“(…) si se cuestiona las actuaciones arbitrales, existe una vía idónea para controlar los excesos de los tribunales arbitrales, como son las excepciones u objeciones a la competencia de conformidad con el inciso 3 del artículo 41° del Decreto de Arbitraje y el recurso de anulación del laudo de conformidad con lo señalado en el artículo 62° del mismo cuerpo normativo.”*

ENEL expresa que el Pronunciamiento OSINERGMIN concluye que, más allá de si la Administración tiene competencia para conocer la materia controvertida, en tanto ésta sea abordada en un proceso arbitral ya iniciado, la Administración no podrá avocarse su conocimiento. Lo contrario implicaría desobedecer una norma imperativa, así como la jurisprudencia vinculante y la doctrina especializada.

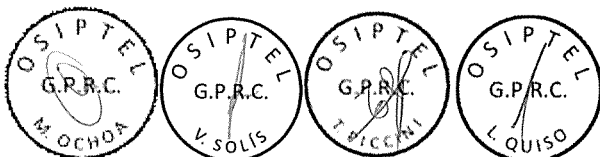
Siguiendo con lo anterior, ENEL señala que al momento de resolver el caso y acoger la excepción de convenio arbitral planteada por una de las partes involucradas en la controversia (negándose a conocer la materia en cuestión), el Pronunciamiento OSINERGMIN puntualiza los riesgos de interferir en la función jurisdiccional del arbitraje:

*“(…) a criterio de este Colegiado corresponde amparar la mencionada excepción, considerando que postura contraria generaría una situación de incertidumbre y de actuaciones paralelas, tanto en sede administrativa como arbitral, lo que devendría en dos resoluciones que podrían resultar contradictorias y posiblemente inejecutables, interfiriendo en la actuación arbitral, lo cual se encuentra proscrito por la normativa vigente.”*

ENEL manifiesta que, conforme a lo anterior y siguiendo la línea del Pronunciamiento OSINERGMIN, si una causa -de la misma materia y partes- se encuentra siendo tramitada en la vía arbitral, la misma no podrá ser conocida por un órgano administrativo (independientemente de su competencia para conocer dicha materia).

Señala ENEL que, como es de conocimiento del OSIPTEL, el arbitraje con AZTECA PERÚ ya ha sido iniciado, de manera que, siguiendo el criterio establecido por el Pronunciamiento OSINERGMIN, se debió evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.

ENEL manifiesta que, de manera alternativa, el Reglamento General del OSIPTEL permite al regulador suspender los procedimientos en trámite si existe un proceso judicial sobre la misma materia:



*"Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos (...)*

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

Asimismo, ENEL refiere que por efecto de la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (también mencionada en el Pronunciamiento OSINERGMIN), las referencias normativas a los jueces pueden también entenderse referidas a un tribunal arbitral<sup>7</sup>. ENEL manifiesta que al amparo de lo anterior, con fecha 29 de diciembre de 2017, presentó un escrito a los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL solicitando que se declare la improcedencia de la Solicitud presentada por AZTECA PERÚ, alegando, entre otros, lo argumentado en párrafos anteriores, tal como se puede apreciar en los siguientes textos:

<b>OSIPTEL</b>	
<b>CARGO</b>	07 DIC 29 2017
<b>RECIBIDO</b>	2017 DIC 29
Expediente:	0008-2017-CD-GPRC/MC
Sumilla:	Solicita declaración de improcedencia de solicitud de mandato de Azteca Comunicaciones

**A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:**

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, "ENEL"), en el procedimiento iniciado por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca") de emisión (incorrecta) de un mandato de uso compartido de infraestructura.

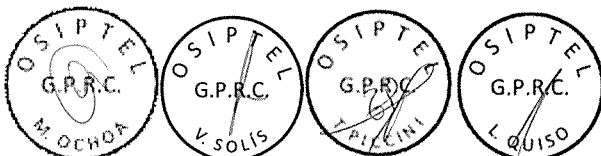
**I. PETITORIO**

Que el Consejo Directivo de OSIPTEL declare la **IMPROCEDENCIA** de la solicitud de Azteca.

ENEL ha realizado exposiciones ante el Consejo Directivo en relación a las razones de la improcedencia. En el presente escrito resumimos dichas razones y adjuntamos la Resolución 5-2015-OS/CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN (en adelante, el "Pronunciamiento OSINERGMIN") que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje. Como conoce el Consejo Directivo, la materia de este procedimiento se encuentra en discusión en un arbitraje ya iniciado.

Refiere ENEL que en dicha oportunidad, dedicaron varias páginas a exponer los alcances de dicha resolución, acreditando que otro organismo regulador ya había adoptado la posición que venía sosteniendo y consecuentemente, solicitaron que dicha prueba sea valorada al evaluar la solicitud de mandato de compartición de AZTECA PERÚ, tal y como se puede apreciar a continuación:

<sup>7</sup> Ley de Arbitraje: "Cuarta [disposición complementaria]: Juez y tribunal arbitral. A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes."



2.4. OSINERGMIN ha emitido una decisión según la cual al existir un arbitraje en paralelo, la entidad administrativa no puede decidir sobre la materia

El Pronunciamiento OSINERGMIN establece un criterio para determinar si las entidades públicas -incluyendo a los organismos reguladores- pueden avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado (independientemente de la arbitrabilidad de la materia):

(...)

Concluye entonces el Pronunciamiento OSINERGMIN que, más allá de si la Administración tiene competencia para conocer la materia controvertida, en tanto ésta sea abordada en un proceso arbitral ya iniciado, la Administración no podrá avocarse su conocimiento. Lo contrario implicaría desobedecer una norma imperativa, así como la jurisprudencia vinculante y la doctrina especializada.

(...)

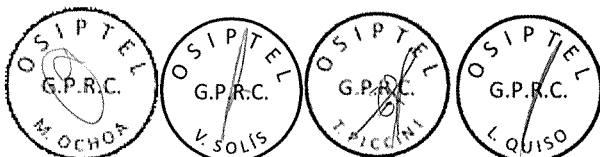
Conforme a lo anterior y siguiendo la línea del Pronunciamiento OSINERGMIN, si una causa -de la misma materia y partes- se encuentra siendo tramitada en la vía arbitral, la misma no podrá ser conocida por un órgano administrativo (independientemente de su competencia para conocer dicha materia).

Informamos al Consejo Directivo de la existencia del Pronunciamiento OSINERGMIN<sup>6</sup> y solicitamos que el sustento de dicha decisión sea analizado en el presente expediente. Como es de conocimiento de OSIPTEL, el arbitraje entre ENEL y Azteca ya ha sido iniciado, de manera que siguiendo el criterio establecido por el Pronunciamiento OSINERGMIN, se debe evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.

ENEL manifiesta que la resolución impugnada no ha analizado debidamente los alcances del Pronunciamiento OSINERGMIN, argumentos que fueron utilizados como prueba importante durante el procedimiento. Manifiesta ENEL que llama poderosamente la atención que dicha resolución se haya limitado a señalar que cada regulador es autónomo en el ejercicio de sus funciones, aun cuando el Principio de Predictibilidad (numeral 1.15, artículo IV del Título Preliminar, TUO de la LPAG) debe ser aplicado por todas las entidades públicas, quienes deben adoptar un solo criterio frente a los administrados, tratándose de situaciones tan relevantes como su actuación frente a los arbitrajes ya iniciados entre las partes. (El énfasis es agregado por ENEL)

Asimismo, ENEL señala que debe tenerse presente que, conforme al Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, lo cual incluyen el derecho a exponer argumentos y a presentar alegados, a ofrecer pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

ENEL considera que en el presente caso, no se ha respetado dicho principio en la medida que la resolución impugnada no ha analizado a fondo el Pronunciamiento OSINERGMIN y el hecho de haberse iniciado un arbitraje, a pesar de estar obligado a ello. Indica que para la emisión de la referida resolución debió haberse evaluado todas las cuestiones planteadas por ambas partes, sin excepción alguna refiriendo que en el presente caso, ello no se ha cumplido.



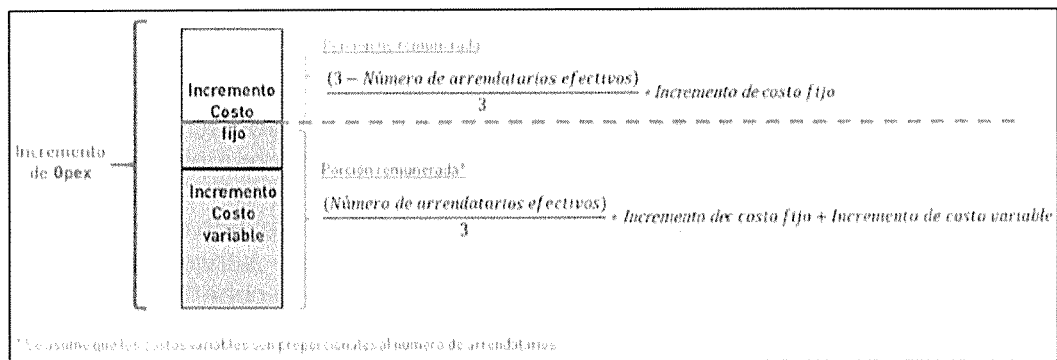
En consecuencia, ENEL sostiene que la resolución impugnada vulnera en diversos aspectos los Principios de Predictibilidad y Debido Procedimiento, por lo cual considera que debe ser dejada sin efecto.

**4.1.3 La resolución impugnada no ha analizado el argumento económico de ENEL, según el cual la interpretación del parámetro “Na” en el Mandato de Compartición desvincula la contraprestación mensual de los criterios de costo incremental y costo de operación y mantenimiento (Opex)**

ENEL refiere que durante el procedimiento de emisión de mandato, presentó un sustento económico<sup>8</sup> que demostraba la inviabilidad del Proyecto de Mandato.

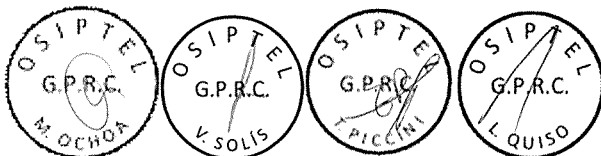
De acuerdo a lo referido por ENEL, el citado informe sostiene que en la medida que exista un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables (tales como los costos del personal administrativo, costos de supervisión, costos de seguros, etc.), el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados.

Asimismo, refiere que teniendo en cuenta que en la actualidad el Número de Arrendatarios (“Na”) es menor a la capacidad máxima de arrendamiento ( $Na < 3$ ), el esquema de remuneración propuesto en la fórmula de contraprestación periódica no permitiría cubrir el Opex incremental del concesionario de servicio público de energía eléctrica. De este modo, el informe sostiene que si  $Na = 3$  existiendo menos de tres redes instaladas, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones retribuirá sólo una porción de los costos fijos incurridos por el operador eléctrico para la prestación del servicio a través de la contraprestación mensual:



Asimismo, menciona que debe haber un principio de congruencia en la aplicación de la metodología de costos incrementales por inversión (CAPEX) y por costo de operación y

<sup>8</sup> ENEL adjunta a su recurso reconsideración una copia del Informe Económico sobre el Concepto de Contraprestación por Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica, por parte de los Operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, elaborado por la consultora económica Macroconsult.



mantenimiento (OPEX) ya que en ambos existe un componente de costo fijo que no varía con el número de unidades producidas o atendidas.

En tal sentido, ENEL manifiesta que cuando el Mandato de Compartición recoge lo señalado por la RVM N° 768 en el sentido que el número de arrendatarios es similar al número de espacios en los postes/torres de las redes eléctricas, no se ha tenido en cuenta que el OPEX de la infraestructura de redes eléctricas tiene un componente fijo que no depende de número de espacios.

Asimismo, ENEL señala que la determinación del número de arrendatarios en el Mandato de Compartición no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones, centrándose únicamente en la oferta disponible (capacidad de espacios). En consecuencia, indica que se asume -a priori- que la demanda cubrirá totalmente la capacidad instalada para la prestación del servicio.

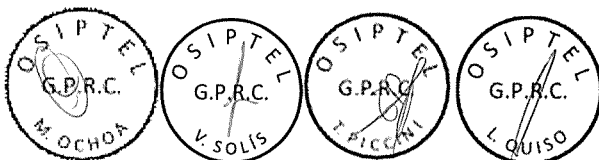
Indica además, que de tomarse en cuenta dichos criterios económicos, se esperaría que en zonas con baja densidad poblacional, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones no requiera arrendar todos los espacios disponibles (estimados por el Mandato de Compartición en 3) en la red de transmisión y distribución de los concesionarios del servicio público de electricidad.

Al no incorporar los cuestionamientos mencionados en el cálculo de la renta mensual, ENEL señala que se podría afectar la sostenibilidad del servicio por parte de los concesionarios de postes y torres correspondientes a redes eléctricas siempre que existan menos de tres (3) arrendatarios, debido a que los costos asociados a la prestación del servicio de telecomunicaciones podrían estar subestimados.

Refiere que en estos casos, la porción no retribuida de los costos fijos deberá ser asumida por el arrendador, afectando la eficiencia distributiva en el mercado ya que la empresa eléctrica no lograría cubrir el Opex incremental vinculados al servicio de telecomunicaciones. Esto podría generar una situación de expropiación regulatoria ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones.

Manifiesta ENEL que dicha situación resultaría en un subsidio cruzado del concesionario de servicios públicos de energía eléctrica al operador de servicios públicos de telecomunicaciones, en la medida que el riesgo relacionado a la cobertura de los costos fijos será asumida por la empresa eléctrica sin obtener el pago del total de costo incremental por la prestación de la infraestructura compartida.

Finalmente, sostiene ENEL que la modificación del parámetro Na no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) o para el Estado, debido a que el concesionario de la RDNFO (AZTECA PERÚ) sólo puede cobrar el monto estipulado contractualmente (US\$ 23 más IGV por megabit por segundo, para los primeros cinco (5) años según su Contrato de Concesión). Dado que no se trata de un precio tope sino



de un precio fijo, AZTECA PERÚ se vería impedido de cobrar por debajo del mismo, debido a que ello requeriría un mayor cofinanciamiento por parte del Estado.

En consecuencia, ENEL indica que la reducción en costos pretendida por AZTECA PERÚ y permitida por el OSIPTEL sólo buscaría incrementar los beneficios de dicha empresa, medido como la diferencia entre el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) y los costos operativos.

En tal sentido, ENEL manifiesta que, aunque dicha explicación económica resulta clara, sorprendentemente el Mandato de Participación no ha considerado dicha argumentación en su análisis económico, con lo cual considera que nuevamente se vulnera el Principio de Debido Procedimiento que rige a las entidades públicas como el OSIPTEL.

Por ello, solicita respetuosamente que el Consejo Directivo reconsidere lo resuelto en la resolución impugnada a partir de los argumentos económicos descritos en el presente apartado.

#### **4.1.4 Fundamentos de ENEL complementarios a su recurso de reconsideración.**

- a. Sin perjuicio de la falta de idoneidad de la vía legal erradamente usada por AZTECA PERÚ, la modificación del valor de las variables “f” y “m” de la fórmula no justifica legalmente la modificación de la retribución pactada en el Contrato.**

ENEL señala que el día 5 de agosto de 2017 se publicó la RVM N° 768 mediante la cual se modificó el valor de la variable “f” de la Fórmula a 18.3% para infraestructura de media y alta tensión, y el valor de la variable “m” a 84.3% para el mismo tipo de infraestructura. No obstante, menciona que en aplicación de las normas constitucionales y legales, lo dispuesto en la resolución impugnada es contrario al ordenamiento jurídico. En efecto, señala que el Contrato establece válidamente un plazo mínimo de tres (3) años en el que la retribución mensual no puede ser modificada.

Asimismo, ENEL indica que la modificación de la fórmula establecida por el Reglamento de la Ley N° 29904, rige para los contratos de acceso y uso de infraestructura que se celebren a partir de su entrada en vigencia, o para los contratos que contengan cláusulas de adecuación automática a los cambios de la Fórmula. En consecuencia, ENEL señala que a la fecha, la retribución mensual pactada en el Contrato no podía ser materia de modificación, y la resolución impugnada ha dispuesto lo contrario.

ENEL manifiesta que debe tenerse presente que para sustentar lo anterior, presentó en su escrito del 29 de diciembre de 2017 la descripción del marco constitucional, regulatorio y contractual que resultaba aplicable en el presente caso, con lo cual no debió emitirse el Mandato. En tal sentido, menciona que la resolución impugnada se ha limitado a realizar un análisis normativo de la Ley de Banda Ancha, omitiendo que en el presente caso claramente concurren aspectos constitucionales y contractuales que



deben ser debidamente analizados, lo cual, según señala, no ha sucedido en el presente caso.

ENEL indica que en la resolución impugnada se argumenta que la modificación de la retribución pactada es posible a partir de una interpretación que se realiza al amparo de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, utilizando como argumento central la aplicación de un principio como el de No Discriminación, como si la modificación del contrato se resolviera solo con aplicar principios y normas.

Asimismo, ENEL sostiene que es evidente que el Contrato se rige también por el Código Civil y por las garantías consagradas en la Constitución Política del Perú, lo cual, según refiere, no ha sido tomado en cuenta en absoluto por la resolución impugnada, a pesar de que tales cuestiones han sido alegadas por ENEL durante todo el procedimiento.

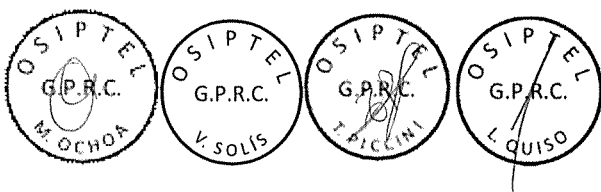
Señala ENEL que, a decir de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC), la cláusula pactada con AZTECA PERÚ, referida a la revisión de los importes fijados luego de tres (3) años, atentaría contra el principio de “No Discriminación”, debido a que el Contrato coexistiría con otros acuerdos con valores de contraprestación menores a los valores inamovibles.

Sostiene además que la GPRC no ha considerado dos (2) aspectos fundamentales que restan sustento a su interpretación: i) el marco legal aplicable no la ha facultado a modificar los términos o importes fijados por las partes al amparo de un análisis de no discriminación, ya que con ello las partes estarían supeditadas siempre a una comparación discrecional respecto de los pactos que terceros pudieran realizar; y, ii) cuestionar los términos fijados por las partes en un contrato de compartición atenta contra el Principio de Seguridad Jurídica que rige en nuestro ordenamiento.

En tal sentido, ENEL cuestiona que si el regulador puede alterar cualquier relación de compartición previamente acordada por las partes y en cualquier momento, y pregunta cuál sería entonces la utilidad de realizar negociaciones y celebrar contratos de compartición.

ENEL considera que el criterio de no discriminación fijado por la autoridad desincentivaría el inicio de negociaciones previas y fomentará la participación del Estado en las relaciones de compartición cuando ello podría evitarse, ya que las partes optarán por solicitar la emisión de un mandato antes de invertir recursos en negociar los términos contractuales que posteriormente podrán ser modificados a criterio del OSIPTEL.

En conclusión, ENEL considera que este punto no ha sido evaluado en la resolución impugnada, y por lo mismo, solicita su consideración a fin de que el Mandato de Compartición sea dejado sin efecto.





**b. La resolución impugnada señala erróneamente que el denominador “Na” de la Formula es igual a tres (3), lo cual no tiene base normativa y carece de sustento técnico**

ENEL señala que la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios en el denominador “Na” de la Fórmula carece de todo sustento legal y técnico.

- **Fijar el valor “Na” como igual a tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo.**

ENEL señala que el Mandato de Compartición establece que no se requiere determinar si efectivamente sus postes y torres, técnicamente pueden dar acceso como máximo a un (1) arrendatario o más arrendatarios, debido a que la determinación del valor del “Na” es tres (3) en todos los casos, al margen del caso particular de ENEL.

De igual manera, ENEL refiere que el Mandato de Compartición considera que un poste/torre puede soportar tres (3) cables de fibra óptica, en función el criterio por espacio, según se desprende de la lectura de la metodología descrita en la exposición de motivos de la RVM N° 768.

Sin embargo, ENEL manifiesta que la supuesta afirmación de la RVM N° 768 es errónea e inexacta. Menciona que dicho dispositivo fue publicado el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables “f” y “m” previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:

El Peruano / Sábado 5 de agosto de 2017		NORMAS LEGALES	25						
<p><b>*ANEXO 1 METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS</b></p> <p>La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.</p> <p>* Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.</p> <p>* Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.</p> <p>* La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.</p> <p>* El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.</p> <p>* La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:</p> $RM = Imp + OMc \times B \times (1+m)$ <p>Donde:</p> <p>Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiera)</p> <p>OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.</p> <p>B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios</p> $B = 1 / Na$ <p>Donde Na: número de arrendatarios</p> <p>m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.</p>									
<p>Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:</p> $OMc = 1 \times OMs$ <p>f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión</p> <p>OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Cálculo de OMs</th> <th>Tipo de línea eléctrica</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td><math>OMs = \frac{1}{12} \times BT</math></td> <td>Baja Tensión</td> </tr> <tr> <td><math>OMs = \frac{h}{12} \times BT</math></td> <td>Media Tensión y/o Alta Tensión</td> </tr> </tbody> </table> <p>BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:</p> $BT = (1 + m) \times TP$ <p>Donde:</p> <p>TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía</p> <p>m: 77%. Para Baja Tensión y 84.3 para Media y Alta Tensión</p> <p>Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros</p> <p>h: 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión</p> <p>Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h, y l podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.</p> <p>Regístrese, comuníquese y publíquese</p> <p>CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ Viceministro de Comunicaciones</p> <p>1551411-1</p>				Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica	$OMs = \frac{1}{12} \times BT$	Baja Tensión	$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión
Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica								
$OMs = \frac{1}{12} \times BT$	Baja Tensión								
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión								



ENEL señala que en ningún extremo de la RVM N° 768 se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador “Na” del factor “B” como igual a tres (3). Por lo tanto, manifiesta que a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) no ha incorporado disposición alguna en el Reglamento de la Ley N° 29904 donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios<sup>9</sup>.

En efecto, ENEL sostiene que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como la resolución impugnada sostiene de forma errónea. De esta manera, manifiesta que, considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador “Na” deba ser igual a tres (3), no existe tal “nueva regla”.

ENEL indica que lo señalado por la resolución impugnada no está contenido en la normativa aplicable, ya que se basa en un informe que no tiene rango de norma. En efecto, señala que en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se analizó las variables de “m” y “f” que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisó que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se *“consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios”*<sup>10</sup>. Del mismo modo, manifiesta que el Informe N° 292-2017-MTC/26 señaló que para la determinación del peso *“se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores”*<sup>11</sup>.

Al respecto, ENEL indica que es tan claro que el denominador “Na” no debe ser igual a tres (3) que el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) lo entendía de esa manera, tal y como se puede apreciar en el reciente Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017<sup>12</sup>. En tal sentido, refiere que, en dicho oficio, el MTC señaló expresamente que el valor de “Na” corresponde al *“número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo”*. ENEL refiere que lo expuesto puede apreciarse en el siguiente extracto:

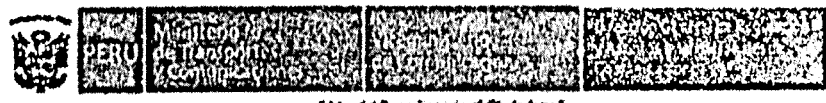
<sup>9</sup> ENEL señala que dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial.

<sup>10</sup> Ver página 8 del Informe N° 292-2017-MTC/26.

<sup>11</sup> Loc. Cit.

<sup>12</sup> El citado Oficio se adjunta a la solicitud de reconsideración presentada por ENEL.



  
"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 08 SET 2017

OFICIO N° **579**-2017-MTC/26

Señor,  
EDGAR VENERO PACHECO  
Gerente General  
EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A.  
Central Térmica Dolorespatá - Cuzco

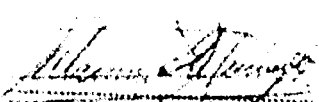
Presente.

Asunto: Consulta sobre las variables de la metodología para la determinación de las contraprestaciones de acceso a la infraestructura eléctrica

En relación a la consulta, se precisa que el cálculo de la contraprestación mediante la utilización de la Metodología, se encuentra asociada a cada punto de apoyo (poste o torre) de acuerdo a su nivel de tensión. Es así que, el valor de "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Así por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario, se deberá considerar "Na = 1". Si la misma torre atiende a dos arrendatarios, se deberá considerar "Na = 2", de igual modo para un número mayor de arrendatarios, manteniendo fijas las demás variables. En consecuencia, el pago que realizará cada arrendatario se reducirá en proporción a Na, siendo constante la recaudación total del concesionario eléctrico por el arrendamiento de dicha torre.

Sin otro particular quedamos de Ud.

Atentamente,

  
MANUEL FERNANDO MUÑOZ QUIROZ  
Director General de Regulación y Asuntos  
Internacionales de Telecomunicaciones

ENEL señala la siguiente cita, según el criterio desarrollado por el propio MTC en setiembre de 2017:

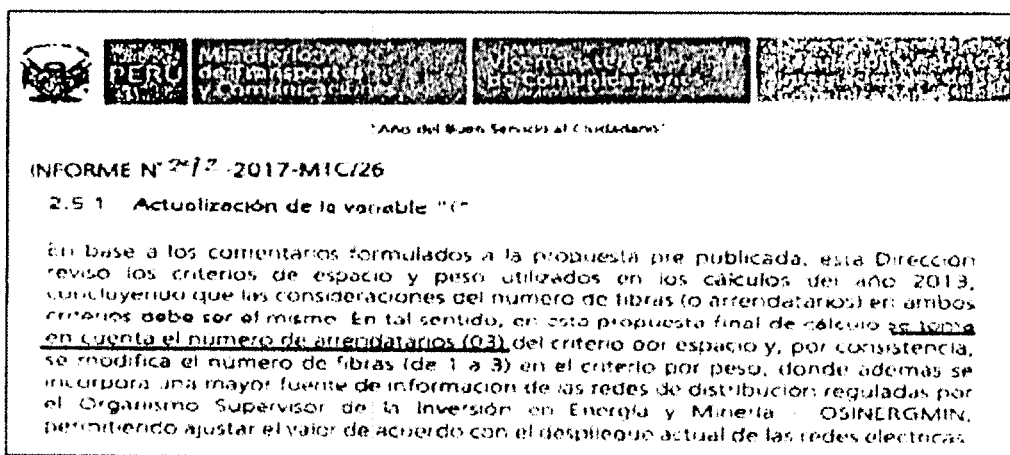
*"Así, por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario, se deberá considerar: "Na=1". Si la misma torre atiende a dos arrendatarios, se deberá considerar "Na=2", de igual modo para un número mayor de arrendatarios, manteniendo fijas las demás variables. En consecuencia, el pago que realizará cada arrendatario se reducirá en proporción a Na, siendo constante la recaudación total del concesionario eléctrico por el arrendamiento de dicha torre."*



Según lo anterior, ENEL manifiesta que para la referida entidad era perfectamente claro que el valor de "Na" correspondía al número efectivo de arrendatarios y no era necesariamente igual a tres (3), como ahora repentinamente se ha interpretado en la resolución impugnada. Asimismo, indica que en dicha comunicación se deja claro que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico era constante, independientemente de la cantidad de arrendatarios. Por lo tanto, ENEL señala que no cabe duda de que su posición es correcta y se deriva no solo del texto expreso de la norma, sino del entendimiento expreso del MTC de setiembre de 2017.

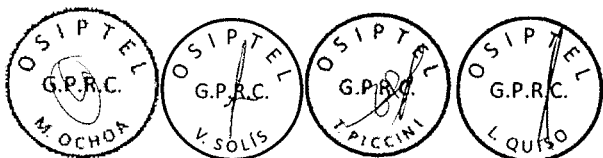
Adicionalmente, ENEL hace notar que el Oficio N° 579-2017-MTC/26 fue emitido con fecha posterior a la publicación de la RVM N° 768, sustento principal del pedido de AZTECA PERÚ.

Por otra parte, ENEL refiere que al analizar la actualización de la variable "f", el Informe N° 292- 2017-MTC/26 señala lo siguiente:



ENEL menciona que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente daba cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las variables "f" y "m", sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, señala que nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

En tal sentido, ENEL manifiesta que le llama la atención que la resolución impugnada se respalde en informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador "Na" al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. A continuación, agrega que dicho criterio no se encuentra



recogido en la normativa, refiriendo que no fue materia de regulación en la RVM N° 768, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, ENEL indica que dichos informes son incluso de fecha anterior al Oficio N° 579-2017- MTC/26, el cual, según refiere ENEL, confirma el correcto entendimiento de la normativa y de la variable Na.

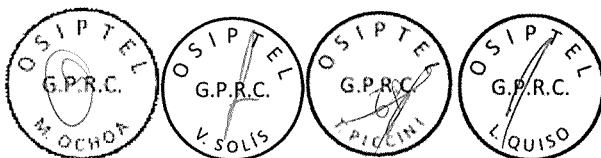
Por lo tanto, ENEL señala que los razonamientos, criterios o metodologías empleadas en un informe consultivo no constituyen decisiones, actos administrativos ni normas que puedan imponer obligaciones que no están previamente contempladas en la normativa aplicable. En esa línea, indica que las opiniones emitidas por los órganos al interior de una entidad como el OSIPTEL no generan efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados.

Por el contrario, ENEL menciona que en el presente caso corresponde que OSIPTEL aplique el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en virtud del cual se establece que *“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 fueron conferidas”*.

En tal sentido, ENEL indica que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Según lo anterior, manifiesta que las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstas no han sido recogidas expresamente por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como, según señala, sucede en el presente caso.

No obstante ello, ENEL manifiesta que la resolución impugnada refiere que la contraprestación debe ser acorde al Principio de Onerosidad de la Compartición previsto en la Ley N° 28295, según el cual toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable. Sin embargo, ENEL manifiesta que la resolución impugnada no ha considerado los siguientes hechos: i) la relación de compartición entre ENEL y AZTECA PERÚ se rige por una ley especial, la Ley de Banda Ancha, y consecuentemente, no resulta aplicable la citada Ley N° 28295, Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura; y, ii) la Ley N° 28295 establece un régimen de precio libre, de manera que sí es razonable que los casos sujetos a dicho régimen se rijan por el Principio de Onerosidad de la Compartición.

Sin embargo, ENEL expresa que el presente caso se encuentra en un régimen de precio máximo, señalando además que el razonamiento y la interpretación de la GPRC en este extremo carecen de sustento legal y confunden atributos de dos (2) regímenes distintos y con diferentes reglas especiales.



- **La supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico.**

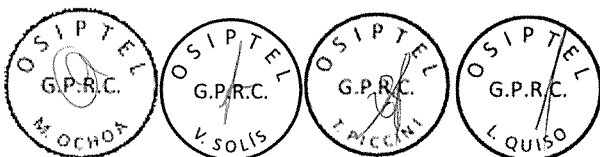
ENEL manifiesta que su infraestructura está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Sin embargo, refiere que la resolución impugnada no ha considerado el contenido de los siguientes documentos:

- Informe Técnico de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por el personal técnico de ENEL (en adelante, “Informe Técnico”). ENEL señala que una copia de dicho documento fue remitida al OSIPTEL.
- Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión elaborada por ENEL (Guía LI-2-550 ENEL). ENEL señala que dicho documento se adjunta a su recurso de reconsideración y que una copia fue remitida al OSIPTEL.
- Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).

ENEL manifiesta que lo resuelto por la resolución impugnada podría generarle potenciales incumplimientos en materia técnica. En detalle, señala que con el Mandato de Compartición recientemente aprobado, ENEL podría incurrir en un supuesto de incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE- 2011), aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, no se podría cumplir con la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.

De igual forma, menciona que la resolución impugnada podría generar el incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 Enel). Señala que el Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, indica que los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.

En esa línea, ENEL refiere que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica. Señala que lo expuesto se puede apreciar en la referida guía:



**DISTANCIAS DE SEGURIDAD**

- Distancias entre conductores y cables (comunicación y suministro) tendidos en diferentes estructuras:
    - a. A lo largo de la línea (paralelo)
      - o Distancia vertical : 2.3 m
    - b. Al cruce entre líneas
      - o Distancia vertical (\*) : 2.3 m
- (\*) Las líneas de comunicación se encuentran en el nivel más bajo.  
No se instalará fibra óptica en estructuras (postes de concreto y postes de madera) dañadas.

**edelnor**

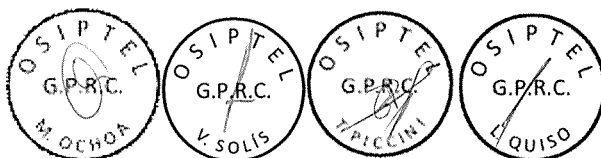
LI-2-550

En consecuencia, ENEL manifiesta que los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que no es posible que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios. Agrega además que AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía desde octubre de 2016, fecha en la cual se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico. Señala además que el OSIPTEL ya cuenta con una copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde se remite, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.

Por otra parte, ENEL indica que la resolución impugnada que aprueba el Mandato de Compartición podría generar un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Agrega que ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.

Sobre la base de lo anterior, señala que la resolución impugnada no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultaría perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos.

En tal sentido, señala que la resolución impugnada ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios.



Finalmente, ENEL alega que, según lo demostrado, existe una imposibilidad material en lo dispuesto por el Mandato de Compartición.

#### **4.2. POSICIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ENEL.**

##### **4.2.1 El Mandato de Compartición emitido en el presente caso fijó una nueva contraprestación por el uso compartido de infraestructura.**

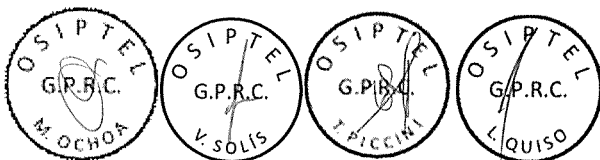
AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL considera equivocadamente que el mandato emitido por el Consejo Directivo es nulo, debido a que AZTECA PERÚ habría buscado que se reconocieran derechos existentes en la relación contractual, antes que crear una nueva situación. Señala que, en dicho escenario, a errado criterio de ENEL, no hubo renegociación de la contraprestación, sino que únicamente AZTECA PERÚ habría buscado que se aplique el marco normativo.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que buscó claramente cambiar a futuro las condiciones económicas pactadas inicialmente en el Contrato, tal como quedó evidenciado en el marco del procedimiento de emisión de mandato. Asimismo, refiere que la propuesta de cambio de contraprestación por uso compartido de infraestructura tuvo sustento en que AZTECA PERÚ advirtió que se había estado aplicando incorrectamente la Metodología que determina el precio máximo. Asimismo, indica que el hecho de que la renegociación tenga fundamento en la aplicación correcta de la normativa imperativa y no en la libre voluntad de alguna de las partes del cambio de las condiciones económicas, no le resta legitimidad al pedido de renegociación del Contrato.

En tal sentido, AZTECA PERÚ indica que solicitó la modificación del Contrato, lo que guarda correspondencia con el mandato emitido por el Consejo Directivo que determina cuáles son las nuevas condiciones económicas que regirán entre las partes a futuro, y de ningún modo se encuentra cambiando una situación con efectos hacia atrás. Por ello, refiere que el Consejo Directivo no ha excedido sus competencias al emitir el mandato y fijar una nueva retribución en la relación de compartición existente entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Asimismo, menciona que se debe tener en cuenta que si bien AZTECA PERÚ considera que existe un error en la aplicación normativa desde el inicio de la relación de compartición, puesto que ENEL exigió una contraprestación ilegal que excedía por lo menos tres (3) veces el precio máximo, ello no ha sido solicitado en el marco del procedimiento de emisión de mandato, pues AZTECA PERÚ conoce las competencias del Consejo Directivo. En tal sentido, precisa que ha sido clara en señalar que dejaba a salvo su derecho para solucionar cualquier controversia existente entre las partes antes de la emisión de un mandato en el fuero correspondiente.

Por ello, AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL nuevamente se encuentra tratando de confundir al OSIPTEL señalando que habría excedido sus competencias y vulneraría el





principio de legalidad, cuando el mandato emitido en el presente caso rige desde la fecha de su emisión hacia adelante entre las partes.

#### **4.2.2 El Consejo Directivo no se encontraba impedido de emitir un mandato en el presente caso.**

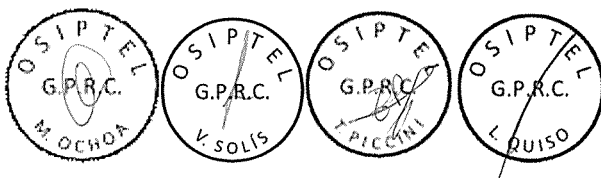
AZTECA PERÚ refiere que ENEL alega que el Consejo Directivo se encuentra impedido de conocer el presente procedimiento y emitir un mandato de compartición, toda vez que la controversia respecto de la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar por uso compartido de su infraestructura eléctrica viene siendo discutida ante un Tribunal Arbitral. Debido a ello, señala que a criterio de ENEL, el Consejo Directivo debe inhibirse de atender su solicitud de mandato de compartición.

Al respecto, AZTECA PERÚ advierte que ENEL asume equivocadamente que basta la existencia de un proceso arbitral para que una entidad de la Administración Pública deba abstenerse de ejercer su competencia. En esa línea, AZTECA PERÚ señala que según dicho criterio errado, en tanto ENEL presentó una petición arbitral de manera posterior a la notificación de la solicitud de mandato<sup>13</sup>, automáticamente se generó una prohibición para el Consejo Directivo de seguir conociendo su solicitud de mandato de compartición, impidiéndole que ejerza su competencia primaria para emitir un mandato que fije las condiciones económicas entre dos partes que no llegaron a un acuerdo luego de una renegociación. (El énfasis es agregado por AZTECA PERÚ).

AZTECA PERÚ señala que no existe alguna norma que disponga de manera general y absoluta que cualquier autoridad debe inhibirse por la sola existencia de una causa pendiente ante el fuero arbitral, incluso cuando ha sido iniciada con posterioridad. Manifiesta que sostener dicha afirmación generaría que carezca de sentido que las entidades de la Administración Pública sean competentes para resolver controversias entre las mismas partes, más aún cuando son materia regulatoria de exclusiva competencia de la administración.

En efecto, AZTECA PERÚ indica que aceptar una interpretación como la que sostiene ENEL generaría incentivos perversos para que se impida la actividad de la Administración Pública cuando el administrado tema que la decisión de la autoridad no le va a ser favorable. Añade que no existe acción más fácil para una empresa que busque neutralizar a una entidad administrativa el recurrir a la presentación de demandas ante el Poder Judicial o peticiones arbitrales con el único propósito de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia de las autoridades administrativas, como el OSIPTEL en este caso, impidiendo la emisión de un pronunciamiento administrativo, ganando tiempo con la aplicación de estrategias procesales y entorpeciendo la resolución de una controversia.

<sup>13</sup> AZTECA PERÚ refiere que ENEL presentó la petición arbitral el 20 de octubre de 2017, 4 días después de la notificación de la solicitud de mandato (16 de octubre de 2017).



Sobre este punto, AZTECA PERÚ enfatiza que el ordenamiento jurídico no puede encubrir la mala fe procesal, en donde la sola presentación de una petición arbitral sea suficiente para que una autoridad administrativa no ejerza su competencia. Indica que en todo procedimiento debe garantizarse la buena fe procedimental<sup>14</sup>, por el que no pueden ampararse solicitudes, planteamientos o recursos que evidencien una mala fe procesal. En esa línea, señala que constituyen parte de los deberes de los administrados abstenerse de solicitar actuaciones meramente dilatorias o afectar de cualquier modo el principio de conducta procedimental<sup>15</sup>. En tal sentido, indica que ENEL debe cumplir con guardar la buena fe procedimental y evitar amedrentar al Consejo Directivo para que no ejerza sus competencias, en atención a un procedimiento arbitral iniciado sólo con el fin de obstaculizar un pronunciamiento de la autoridad administrativa.

AZTECA PERÚ advierte que se emitieron normas que regulan la actuación de las entidades de la Administración Pública, como la Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma señala expresamente: (i) los supuestos en los que la autoridad administrativa debe inhibirse de ejercer su competencia; y, (ii) las premisas que deben identificarse para determinar si es que existe un conflicto con la función jurisdiccional y, en atención a esta situación, la autoridad administrativa se inhiba de seguir conociendo un procedimiento.

AZTECA PERÚ señala que, teniendo en cuenta que el Consejo Directivo es quien tiene la competencia primaria para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas luego de una renegociación infructuosa a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, dicho órgano sólo podrá inhibirse de ejercer su competencia cuando verifique el cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 73 del TUO de la LPAG. En efecto, AZTECA PERÚ manifiesta que existe una obligación directa de que los órganos administrativos ejerzan la competencia que les fue atribuida<sup>16</sup>, por lo que constituye una excepción que se aparten de una controversia para

<sup>14</sup> TUO de la LPAG, Título Preliminar:

**“Artículo IV Principios del procedimiento administrativo**

**1.8. Principio de buena fe procedimental.-** La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

**Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.”** (énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

<sup>15</sup> TUO de la LPAG, Artículo 65:

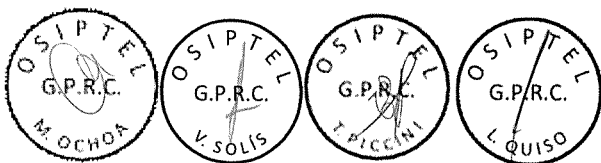
**“Artículo 65.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento**

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

**1. Abstenerse** de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, **de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental”** (énfasis agregado)

<sup>16</sup> TUO de la LPAG, Artículo 74

**“Artículo 74.-Ejercicio de la competencia**



la que se encuentran facultados de conocer y, por ende, la inhibición debe encontrarse sustentada en la normativa vigente.

Sin embargo, en el presente caso, AZTECA PERÚ refiere que ENEL exige que el Consejo Directivo se inhiba de conocer su solicitud de mandato de compartición sin ninguna fundamentación. Así, manifiesta que ENEL no ha señalado que exista alguna ley ni ha presentado algún mandato judicial que expresamente ordene a OSIPTEL que no ejerza su competencia en este caso en particular, los cuales constituyen los únicos supuestos por los que podría exigirle al Consejo Directivo que se inhiba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 del TUO de la LPAG.

*“Artículo 72- Carácter inalienable de la competencia administrativa  
(...)”*

*72.2 **Solo por ley o mediante mandato judicial expreso**, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.”*

(El énfasis es agregado por AZTECA PERÚ).

En tal sentido, AZTECA PERÚ indica que lo que corresponde cuando una parte, como ENEL, se opone a que la autoridad ejerza su función administrativa alegando que existe un arbitraje pendiente, es que el órgano administrativo defina si existe un conflicto con la función jurisdiccional, conforme a lo previsto en el artículo 73 del TUO de la LPAG.

AZTECA PERÚ señala que tampoco se advierte que exista un conflicto con la función jurisdiccional en este caso. En efecto, indica que dicho escenario, distinto del presente, es aquel en el que la autoridad administrativa, de oficio, decide inhibirse de continuar con la tramitación de un procedimiento administrativo ante la motivada existencia de un proceso jurisdiccional que versa sobre una misma materia y cuya decisión es indispensable para que pueda emitirse un pronunciamiento administrativo.

Asimismo, AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener presente que el artículo 73 del TUO de la LPAG<sup>17</sup> establece los siguientes requisitos para que proceda la inhibición de

**74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia**, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley. (...)” (énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

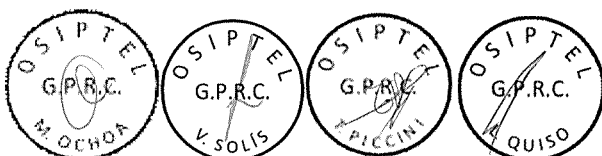
<sup>17</sup> TUO LPAG, Artículo 73

*“Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional*

*73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.*

*73.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.*

*La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente*



la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, lo cual también ha sido reconocido en el Informe Jurídico No. 009-2013-JUS/DGDOJ del Ministerio de Justicia<sup>18</sup>:

- i. Que exista una cuestión contenciosa entre dos particulares;
- ii. Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado;
- iii. Que objetivamente sea necesario obtener un pronunciamiento judicial previo para poder resolver la cuestión: y
- iv. Que exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

En tal sentido, AZTECA PERÚ añade que si bien puede existir una controversia planteada por ENEL ante un Tribunal Arbitral durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, no estamos ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición. En efecto, refiere que el cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, son temas que se encuentran regulados en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, sobre la cuál las partes no pueden pactar en contra ni el fuero arbitral puede decidir no aplicarlas.

Asimismo, AZTECA PERÚ indica que no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto de la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Participación. Precisamente, refiere que para ejercer su función normativa y modificar las condiciones económicas de un Contrato a través de un mandato, el Consejo Directivo únicamente requiere aplicar lo dispuesto en la normativa vigente, esto es, la fórmula de la Metodología que determina el precio máximo (para lo cual no necesita haber revisado previamente un laudo). Es así que, menciona que el Consejo Directivo no necesita que un Tribunal Arbitral le indique cómo debe ejercer su competencia ni que determine cuáles son los valores de las variables de la Metodología (incluso distintos a los establecidos en el Reglamento).

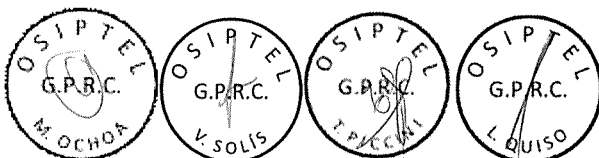
Por lo tanto, AZTECA PERÚ señala que no existe un avocamiento indebido por parte del Consejo Directivo ni una transgresión a lo estipulado en el artículo 139 de la Constitución y, en consecuencia, OSIPTEL no se encuentra interfiriendo con la función jurisdiccional como lo alegó ENEL. Manifiesta que, como ha podido advertirse, no existe una ley o mandato judicial que ordena la inhibición de Consejo Directivo, ni tampoco se ha podido evidenciar que exista en este caso un conflicto con la función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 72 y 73 del TUO de la LPAG.

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ indica que la emisión de un mandato en el presente caso por el Consejo Directivo no constituye un ejercicio ilegal de su competencia, por el contrario en observancia de sus atribuciones debe modificar la

---

*para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.” (énfasis agregado por AZTECA PERÚ)*

<sup>18</sup> Ver la Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, sobre la aplicación de la Ley No. 27444, pág. 89 y 90. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf> Visitado el 24 de enero de 2018)



contraprestación pactada que rige la relación de compartición de ENEL y AZTECA, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará bajo condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.

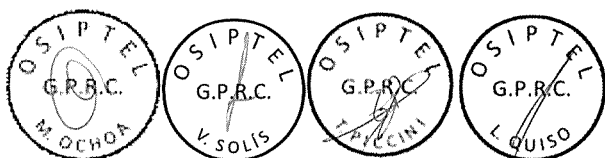
Finalmente, AZTECA PERÚ menciona que como fue explicado en el marco de la tramitación del procedimiento, se debe tener en cuenta que el Consejo Directivo no se encuentra obligado a observar el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado de OSINERGMIN (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc No. 005-2015-OS/CC-95). Asimismo, tampoco nos encontramos en un caso similar al resuelto en dicha resolución, debido a que AZTECA PERÚ ha solicitado la modificación de la contraprestación inicialmente pactada por el uso compartido de infraestructura de ENEL, mientras que el caso alegado por ENEL fue emitido por el Cuerpo Colegiado en ejercicio de su función de solución de controversias. Por tanto, no corresponde atender a lo señalado por ENEL en este extremo.

#### **4.2.3 El valor igual a tres (3) del denominador “Na” tiene sustento en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.**

AZTECA PERÚ indica que ENEL continúa alegando que señalar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) contraviene el principio de Legalidad, dado que a su errado criterio la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 indicaría que el valor es igual al número de arrendatarios reales que, en este caso, sería igual a uno (1). Señala que ENEL reitera que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario (“Na” igual a 1), pues de lo contrario, ENEL terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ.

AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. En tal sentido, refiere que el sustento del Consejo Directivo para afirmar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se encuentra en el razonamiento económico de la fórmula fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, puesto que cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Señala que ello consta en el Informe del 2013 que sustentó el Reglamento de la Ley N° 29904 y se corrobora en el Informe 292-MTC del 2017 que sustentó la RVM N° 768.

En ese contexto, señala AZTECA PERÚ que en el informe que sustenta el Mandato de Compartición se ha explicado que, en tanto la Metodología para determinar el costo incremental considera lo que significaría para el valor de la infraestructura el peso de cables apoyados en ella, es que, precisamente, el MTC optó por fijar una fórmula que recompense a las empresas eléctricas que comparten su infraestructura por el desgaste que pueda ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica. Refiere que ello



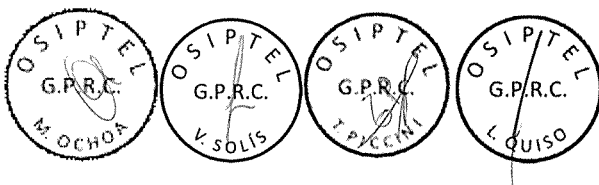
obedece a que en el Informe 292-MTC que sustentó la RMV N° 768 se desarrolló que, para determinar el costo incremental, se partió de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura son tres (3) cables. Siendo ello así, sostiene que el MTC estimó que el peso de tres (3) cables tiene un impacto de 18.3% (valor del factor "f") sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torre/Poste (desgaste de la torre por el peso adicional de 3 cables).

Indica AZTECA PERÚ que, como bien lo ha señalado el Consejo Directivo en su Mandato de Compartición, el 18.3% que es el valor asignado para el parámetro "f" representa el costo incremental que generaría el peso adicional de tres (3) cables en el costo de mantenimiento de la infraestructura. En este escenario, enfatiza que AZTECA PERÚ no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque únicamente tiene un apoyo en la infraestructura de ENEL, por lo que para determinar el costo incremental de AZTECA PERÚ generado por el peso de un único cable, se ha reconocido que debe dividirse el valor del parámetro "f"-18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na) para aplicar correctamente la fórmula de la Metodología.

Por consiguiente, AZTECA PERÚ considera que no es cierto que el 18.3% corresponda al costo de toda la operación y mantenimiento, sea que haya uno (1) o tres (3) cables, sino que necesariamente debe dividirse entre tres (3) para obtener el costo incremental de cada apoyo, ya que la fórmula parte de la premisa que el número de cables son tres (3), y no uno (1) o dos (2). Señala, que de ese modo, como lo ha reconocido el Consejo Directivo, es indispensable que se individualice el costo para que AZTECA PERÚ u otros operadores no asuman el costo incremental de cables inexistentes que no generan desgaste en la infraestructura.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL vuelve a indicar que, si la Metodología aceptara un valor igual a tres (3) para el denominador "Na" lo habría consignado expresamente, pero la propia norma lo habría dejado como una variable abierta y cambiante que asumirá un valor distinto en cada caso. Sobre este punto, AZTECA PERÚ señala que corresponde recordar que el parámetro "f" y el denominador "Na" se encuentra íntimamente conectados, por ello atendiendo a que el Reglamento de la Ley N° 29904 permite que el MTC modifique el valor del factor "f", no podría haberse consignado siempre un valor igual a tres (3) para el denominador "Na". Refiere que, por ejemplo, como ya fue señalado con anterioridad, el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015- MTC/03, publicada en El Peruano el 15 de Junio del 2015, proponía un valor del parámetro "f" de 4.3%, en tanto sólo consideraba el peso por el apoyo de un cable, por lo que, de haberse aprobado esa modificación, el valor correcto del "Na" hubiese sido igual a uno (1).

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ indica que determinar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por ENEL, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico. En tal sentido, sostiene



que el Mandato de Compartición emitido en este caso tiene absoluta validez y su decisión se respalda en el marco legal vigente sobre uso compartido de infraestructura.

#### 4.3. POSICIÓN DEL OSIPTEL.

##### 4.3.1 Sobre la posición de AZTECA PERÚ según la cual ya contaba con derechos que pidió que se creen en el Mandato de Compartición, a pesar de que un mandato no declara derechos preexistentes.

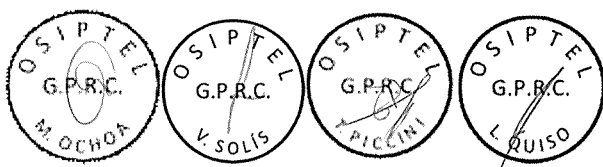
ENEL sostiene en su recurso de reconsideración que AZTECA consideró que desde antes de su solicitud de emisión de mandato, ya contaba con el derecho de pagar una retribución mensual distinta a la de su Contrato en virtud de la Metodología modificada por la RVM N° 768. En esa línea, no paga a ENEL las facturas correspondientes desde agosto de 2017 y solicitó a ENEL “ajustar” el Contrato en dicho sentido, pero señalando que no era necesario pues la modificación normativa ya era aplicable. Por consiguiente, en tanto un mandato no se emite para reconocer derechos que se consideran ya existentes con anterioridad a su solicitud, el Mandato de Compartición carece de objeto y su emisión atenta contra su propia naturaleza jurídica.

Al respecto, en línea con lo señalado en el numeral 4.2.5.1 y 4.2.6.5.2 (ítem “Respecto a que el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para atender la solicitud de AZTECA PERÚ”) del Informe N° 00057-GPRC/2018 –que sustenta el Mandato de Compartición-, se reitera que, de la apreciación de las posiciones expuestas por las partes desde la carta DJ-1258/17 de AZTECA PERÚ y posteriores comunicaciones de ambas partes, se observa lo siguiente: (i) que AZTECA PERÚ solicitó a ENEL reducir el valor de las contraprestaciones mensuales del Contrato, y (ii) que ENEL rechazó dicha solicitud en tanto no transcurrieran los primeros tres (3) años de la vigencia del Contrato.

Asimismo, se reitera que la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ENEL para que se reduzca el valor de la contraprestación mensual es clara, lo que no sucede con la argumentación que da soporte a su solicitud. Por ejemplo, en su carta DJ-1446/17 del 28 de setiembre de 2017, AZTECA señala “aclarar” que su solicitud no se encuentra referida a la renegociación de los términos del Contrato; sin embargo, concluye esa misma carta señalando que deja a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL para que este “determine cuál es el precio máximo que ustedes pueden cobrarnos”.

Conforme se indicó en el antes citado numeral 4.2.5.1 del Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 40), en una situación ordinaria, el periodo de treinta (30) días hábiles previsto en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 debería haber permitido que las partes, mediante el intercambio de ideas, perfilen sus respectivos argumentos para que la otra parte tenga certidumbre de sus respectivos alcances.

No obstante, en el presente caso, ambas partes adoptaron posiciones que dificultaron la posibilidad de proporcionarse las explicaciones respectivas. Por un lado, AZTECA PERÚ asumió que el mandato que anunció que podía solicitar al OSIPTEL (en su carta



DJ-1258/17), podría tener efectos sobre situaciones anteriores a su eventual emisión, como se deduce de su decisión de devolver facturas emitidas por ENEL. Por otro lado, ENEL expresó una posición según la cual la referida contraprestación mensual no podía ser materia de revisión durante los primeros tres (3) años de la vigencia del Contrato.

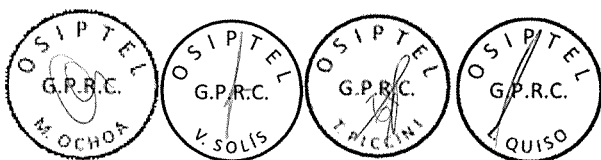
Sin embargo, el hecho que las partes hayan tenido un limitado acercamiento durante el período de treinta (30) días hábiles previsto en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904, o incluso ante la absoluta falta de respuesta de la parte solicitada en el referido período; no inhabilita al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato cuando, a solicitud de parte, toma conocimiento de una materia respecto de la cual cuenta con atribuciones conferidas por la citada Ley N° 29904 para dictar subsidiariamente reglas que sustituyan al acuerdo que las partes no pudieron concretar.

Cabe reiterar además que la etapa de negociación previa a la solicitud de emisión de mandato al OSIPTEL, en una situación ordinaria, incentiva a ambas partes a tratar de arribar a un acuerdo que, encontrándose en el ámbito de su decisión y conforme a la normativa aplicable, evite la intervención del OSIPTEL en la configuración de su respectiva relación jurídica. Sin embargo, si una de las partes rechaza la posibilidad de que el OSIPTEL pueda ejercer una intervención como la señalada en la vía de mandato -como lo expuso ENEL en el presente procedimiento-, el plazo mínimo de negociación no cumple su función de incentivo y se reduce a ser el requisito legal que debe ser cumplido por la parte afectada, a fin de poder activar el procedimiento de emisión de mandato.

En el presente caso, la solicitud de emisión de mandato fue formulada por AZTECA al OSIPTEL luego de transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles previsto en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904, con lo cual se ha cumplido con el requisito legal respectivo.

Adicionalmente, se debe considerar que durante el referido plazo de treinta (30) días hábiles, las partes pueden exponer planteamientos que pueden ser inconsistentes con el marco normativo aplicable y, por ende, descartados de la decisión que el OSIPTEL emita cuando se recurra a éste en la vía de mandato. Por ello, como se indicó en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 99), la función corresponde ejercer al OSIPTEL en un caso concreto debe ser determinada evaluando los hechos y la solicitud del caso respectivo.

En el presente caso, del análisis efectuado se determinó que la solicitud de AZTECA PERÚ estaba referida a modificar la relación de compartición de infraestructura que estableció con ENEL mediante un contrato de acceso y uso de infraestructura, en lo relativo a las condiciones de la contraprestación periódica. Dicha solicitud correspondía ser tramitada en el ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, porque así lo dispone el marco normativo compuesto por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, concordados con el artículo 3.1 (literal c) de la Ley N° 27332 y los artículos 23 y 24 del Reglamento General del OSIPTEL.





Asimismo, según se expuso en el numeral 4.4.4 del Informe N° 00057-GPRC/2018, *“El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.”*

De otro lado, respecto de la posibilidad de que la pretensión de AZTECA PERÚ corresponda al ámbito de la solución de conflictos, como lo indica ENEL, se reitera lo indicado en el numeral 4.2.5.4 del Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 44), respecto a que el hecho que AZTECA PERÚ y/o ENEL tengan posiciones contrapuestas derivadas de su relación de compartición de infraestructura que el OSIPTTEL pueda conocer en ejercicio de su función de solución de controversias, no inhabilita a este Organismo Regulador a ejercer su función normativa, en cuyo marco emite mandatos en concordancia con el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Sólo a través de dichos mandatos, ante la falta de acuerdo entre las partes -de manera subsidiaria- el OSIPTTEL dicta reglas que, una vez vigentes, las partes deben aplicar para su respectiva relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904. Se reitera además que los órganos de solución de controversias del OSIPTTEL (v.g. Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias), carecen de la función normativa por ser ésta exclusiva del Consejo Directivo<sup>19</sup>.

En consecuencia, el pronunciamiento emitido en el Mandato de Compartición, se ha mantenido dentro de la función normativa que lo sustenta, estableciendo disposiciones que rigen sólo a partir de su entrada en vigencia y no ha vulnerado en modo alguno la naturaleza del procedimiento para la emisión de los mandatos de compartición. Asimismo, aún si AZTECA PERÚ consideraba que ya contaba con el derecho a pagar una retribución mensual distinta a la del Contrato desde antes de la entrada en vigencia del Mandato de Compartición—como lo indica ENEL—, dicha consideración no ha sido acogida dentro de los alcances de esta decisión normativa contenida en dicho Mandato, cuyo objeto ha sido la modificación de las condiciones económicas de la relación de compartición creada por el Contrato, a efectos de que cumpla con la regla de precios máximos y otras condiciones establecidas en la Ley N° 29904 y su Reglamento.

Por consiguiente, se desestima lo indicado por ENEL respecto a que el Mandato de Compartición haya contravenido a su propia naturaleza jurídica y vulnerado las disposiciones de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, siendo consistente con el principio de Legalidad que rige la actuación de las autoridades de la Administración Pública.

<sup>19</sup> Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

“Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.”



**4.3.2 Sobre el proceso arbitral iniciado por ENEL para determinar si jurídicamente era posible modificar la retribución mensual del Contrato y sus implicancias en el procedimiento en que se emitió el Mandato de Compartición.**

ENEL señala en su recurso de reconsideración que la controversia suscitada por la modificación de la retribución mensual en el Contrato ya estaba siendo tramitada en la vía arbitral, iniciada por ENEL, y en consecuencia, correspondía que el OSIPTEL se abstuviera de emitir un mandato de compartición para evitar posibles decisiones contradictorias. Agrega ENEL que el Pronunciamiento OSINERGMIN<sup>20</sup> enfatiza que, si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa debe evitar el conocimiento de la materia controvertida por cuanto reconoce que el arbitraje prima por ser una expresión de la función jurisdiccional.

Al respecto, en línea con lo señalado en los acápites 4.2.5.5 y 4.2.6.5.2 (ítems “Respecto al proceso arbitral iniciado por ENEL para determinar si jurídicamente es posible modificar la retribución en el Contrato y en consecuencia, el presente procedimiento debe ser suspendido” y “Respecto a que la Ley General de Arbitraje establece que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el procedimiento de emisión de mandato”), del Informe N° 00057-GPRC/2018, se reitera, en primer término, que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL.

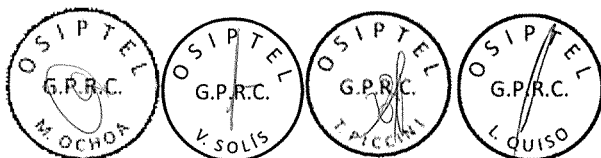
En ese sentido, cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que hubiera implicado la abstención en el ejercicio de la referida atribución habría sido nulo, conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG<sup>21</sup>. Asimismo, cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que correspondía en el presente procedimiento de emisión de mandato, debería haber tenido sustento en *una ley o en mandato judicial expreso*, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUO de la LPAG<sup>22</sup>; lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En efecto, si bien ENEL ha sostenido –en línea con el Pronunciamiento OSINERGMIN– que el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 (que establece que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia)

<sup>20</sup> Resolución N° 5-2015-OS//CC-95 del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, presentada por ENEL en el presente procedimiento.

<sup>21</sup> “Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa  
72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo. (...)”

<sup>22</sup> “Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa  
(...) 72.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.(...)”



determinaba que el OSIPTEL debía suspender su actuación en el presente procedimiento; según se sustentó en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 102), en aplicación de dicha disposición, ni en la sustentación del Proyecto de Mandato ni en la del Mandato, se emitió opinión alguna sobre la actividad que realizaría el tribunal arbitral de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento por ENEL.

Sin embargo, se precisó en aquella oportunidad –y se reitera ahora- que la referida disposición legal no era entendida por el OSIPTEL como una habilitación genérica para que este Organismo Regulador se abstuviera de ejercer las atribuciones que les correspondían por mandato de la ley. Se indicó que tal interpretación –incorrecta- no se derivaba del texto del numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 y, en el presente caso, de ser acogida hubiera implicado desconocer la vigencia del marco constitucional y legal que determina la intervención que debe realizar el Poder Ejecutivo a través de un organismo regulador para decidir normativamente sobre las condiciones económicas (v.g. el precio máximo regulado) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

Asimismo, en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 102), se indicó que el antes citado artículo 72.2 del TUO de la LPAG establece una regla de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de las funciones con las que cuentan las entidades de la administración pública, como es el caso del OSIPTEL (v.g. “Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia”). Esta disposición con rango de ley se encuentra vigente y debe ser aplicada de manera coherente con el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 antes indicado.

Por consiguiente, se señaló al sustentar el Mandato de Compartición –y se reitera- que si en ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad respectiva consideraba que era conforme a Derecho dictar una orden para que el OSIPTEL no ejerciera su atribución legal en el presente procedimiento, correspondía acatar dicha orden en tanto surtiera efectos, conforme lo establece el precitado artículo 72.2 del TUO de la LPAG. Sin embargo, hasta la emisión del Mandato de Compartición, no se recibió notificación de algún mandato judicial expreso que dispusiera que el OSIPTEL no ejerza la atribución en mención.

De otro lado, se reitera que el segundo párrafo del artículo 108 del Reglamento General del OSIPTEL<sup>23</sup> -indicado por ENEL al sustentar su posición- no resulta aplicable en el

<sup>23</sup> “Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos

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



presente caso por las mismas razones legales antes expuestas, que determinan el modo en que debe proceder este Organismo Regulador en el presente procedimiento, esto es, que la modificación de una condición contractual es competencia legal exclusiva del OSIPTEL y su ejercicio no requiere de pronunciamiento jurisdiccional alguno.

Cabe reiterar además que la función jurisdiccional que ejercen los tribunales arbitrales, difiere de la función normativa con la que cuentan los Organismos Reguladores –en específico, en el presente caso, el Consejo Directivo del OSIPTEL- en virtud de la Ley N° 27332, que comprende: *“la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios (...).”* Esta facultad ha sido conferida por el Congreso de la República a los Organismos Reguladores –y no a los órganos jurisdiccionales- para resolver fallas de mercado en determinadas actividades económicas, por resultar ello necesario para implementar y dar cumplimiento al régimen económico de la Constitución.

Es oportuno agregar que el artículo 119 de la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- la atribución de dirigir los servicios públicos<sup>24</sup>. En concordancia con dicha disposición constitucional, es que la citada Ley N° 27332 y la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, asignan a los organismos reguladores que forman parte del referido poder del Estado, funciones relativas a la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.<sup>25</sup>

Asimismo, se reitera que la Ley N° 29904, establece en su artículo 13 restricciones a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación de los titulares de la infraestructura necesaria para el despliegue de las redes de Banda Ancha, cuyo cumplimiento debe ser verificado por el OSIPTEL ejerciendo la atribución conferida por el artículo 32 de la citada Ley, concordada con el artículo 25, numeral 25.3, de su Reglamento.

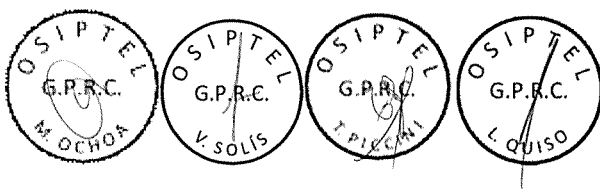
No obstante que los argumentos antes expuestos obran en el Informe N° 00057-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Participación, ENEL en su recurso de reconsideración sostiene que el OSIPTEL se ha *“limitado a señalar que cada regulador es autónomo en el ejercicio de sus funciones”*, al asumir una evidente posición distinta a la del Pronunciamiento OSINERGMIN respecto de las implicancias de un arbitraje iniciado en el ejercicio de sus respectivas atribuciones.

---

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

<sup>24</sup> Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.

<sup>25</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



El referido argumento del recurso de reconsideración de ENEL, evidenciaría que la sustentación expuesta en el Mandato de Compartición y por la cual el Consejo Directivo del OSIPTEL ha considerado que legalmente no podría adoptar una decisión similar a la del Cuerpo Colegiado del Pronunciamiento OSINERGMIN; no habría sido advertida por ENEL en todos sus alcances, por lo que dicha sustentación es reiterada en párrafos precedentes.

Cabe enfatizar que la fundamentación del Mandato de Compartición analiza a fondo el hecho de haberse iniciado un arbitraje y sus implicancias en la solicitud de emisión de mandato de AZTECA PERÚ, incluyendo el razonamiento del Pronunciamiento OSINERGMIN. Por consiguiente, carece de fundamento sostener que con la emisión del Mandato de Compartición se haya vulnerado el principio del Debido Procedimiento por no haber –supuestamente- analizado el tema en cuestión.

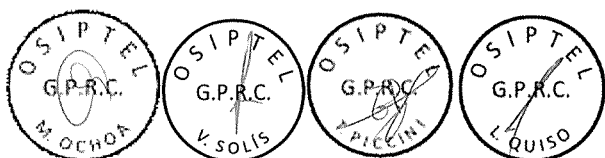
Adicionalmente, se reitera lo indicado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 103), respecto a que, efectivamente, cada organismo regulador es autónomo por su propia naturaleza legalmente establecida<sup>26</sup>, con lo cual, tanto el OSINERGMIN como el OSIPTEL deben ejercer sus funciones conforme al marco legal que considere aplicable para decidir sobre hechos que correspondan al ámbito de sus respectivas atribuciones.

Cabe indicar además que el principio de Predictibilidad establecido en el TUO de la LPAG –mencionado por ENEL en su recurso de reconsideración-, no determina que *“todas las entidades públicas deban adoptar un solo criterio frente a los administrados, tratándose de situaciones tan relevantes (...)”*, como lo considera el referido concesionario. En efecto, según el contenido del referido principio, cada autoridad administrativa debe brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento *a su cargo*, de modo que sus administrados puedan tener una comprensión cierta sobre los resultados posibles que se podrían obtener en tales procedimientos. Sin embargo, dicho principio no implica ni avala que una autoridad pueda dar información sobre procedimientos que se encuentran a cargo de *otra* autoridad, menos aún si ambas, por ley, deben ejercer sus funciones con autonomía y con sujeción al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos del recurso de reconsideración expuestos por ENEL respecto del tema bajo análisis.

<sup>26</sup> Ley N° 27332: “Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.”



**4.3.3 Sobre la supuesta falta de análisis en la sustentación del Mandato de Compartición del argumento económico de ENEL, según el cual la interpretación del parámetro “Na” de dicho Mandato desvincula la contraprestación mensual de los criterios de costo incremental y costo de operación y mantenimiento (OPEX).**

ENEL sostiene que presentó un sustento económico que demostraba la inviabilidad del Proyecto de Mandato, según el cual se señala que en la medida que exista un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables, el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados. De este modo, según ENEL, si “Na” es igual a tres (3) existiendo menos de tres redes instaladas, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones retribuirá sólo una porción de los costos fijos incurridos por el operador eléctrico para la prestación del servicio a través de la contraprestación mensual. Por lo tanto, el Mandato de Compartición no ha tenido en cuenta que el OPEX de la infraestructura de redes eléctricas tiene un componente fijo que no depende de número de espacios.

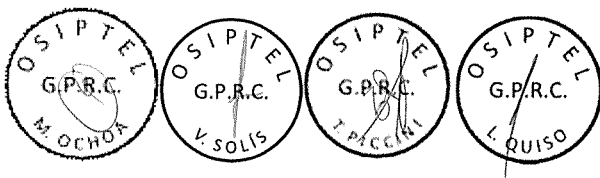
Al respecto, conforme se analizó en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 174-175), la presencia de costos incrementales fijos deriva en que el primer usuario de la infraestructura genere la totalidad de dichos costos fijos, independientemente de la cantidad de usuarios que pudieran acceder posteriormente a dicha infraestructura. No obstante, el considerar esta situación omitiendo analizar todos los parámetros incluidos en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, el análisis de ENEL constituye un análisis parcial de dicha situación.

En efecto, se reitera que el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustenta la RVM N° 768, hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el concesionario eléctrico, señalando lo siguiente:

*“2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:*

***Respecto de los costos incrementales que se generan a partir de la instalación de un cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, se aclara lo siguiente:***

- *Los costos atribuidos a estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.*
- *Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable “h”, el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento*



*de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)."*  
(El resaltado es agregado).

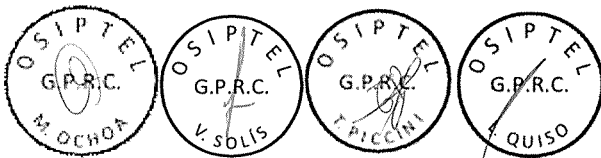
Según se analizó en el Informe N° 00057-GPRC/2018, el parámetro "h" (que, al igual que el parámetro "f", forma parte de la fórmula que estima la retribución mensual a ser pagada por un arrendatario), incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la referida variable "h" incluye no sólo los costos listados textualmente, sino todos los costos de operación y mantenimiento (OPEX) incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica. De esta forma, el valor del parámetro "f" refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

Dicho OPEX incremental dividido entre estos tres (03) arrendatarios, da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios estén en un momento determinado accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, el concesionario eléctrico recupera sus costos incrementales fijos a través de la aplicación de la fórmula, a través del parámetro "h", para el caso de estructuras de media y alta tensión. Esta aclaración, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la RVM N° 768.

Se reitera que el valor del parámetro "f", está directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental fijo, ya está considerado en el valor de la variable "h" antes referida, razón por la cual, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario. En ese entendido, se reitera que no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.

Se reitera también que el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico.

Se debe enfatizar que la determinación del valor del "Na" por parte del OSIPTEL no ha sido arbitraria, sino que responde a criterios detallados en el Informe N° 00057-



GPRC/2018 y que también se reseñan en el presente informa. Considerando el análisis efectuado, se determinó que la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el Mandato de Compartición era tres (3), como se indica, a partir del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

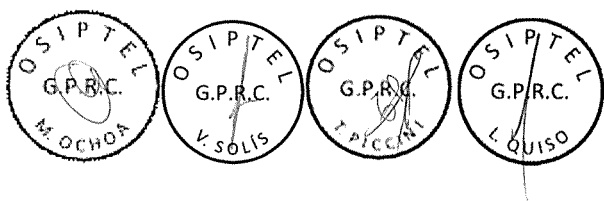
Por otra parte, ENEL sostiene en su recurso de reconsideración que la determinación del número de arrendatarios en el Mandato de Compartición no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones, centrándose únicamente en la oferta disponible (capacidad de espacios). En consecuencia, según ENEL, el Mandato de Compartición asume que la demanda cubrirá totalmente la capacidad instalada para la prestación del servicio.

Al respecto, conforme se analizó en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 177), los costos incrementales variables atribuibles a cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, reflejado en el parámetro "f", como generador del costo incremental de operación y mantenimiento (OPEX incremental), de modo que, si no hay arrendatarios, el costo incremental es cero (0) y no hay costos por provisión del servicio que queden sin cubrir. De este modo, conforme a la Metodología no existe por defecto un OPEX incremental total que deben distribuirse entre los que accederían a la infraestructura, sino, costos incrementales constantes que se van generando por cada arrendatario que va accediendo al poste o torre.

En ese sentido, el supuesto que indica ENEL, respecto a que *"la porción no retribuida de los costos fijos deberá ser asumida por el arrendador"* y que esto podría generar una situación de *"expropiación regulatoria"* o *"subsídios cruzados"* ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones; es un supuesto que conforme al diseño de la Metodología no ocurre ni ocurrirá, por cuanto cada arrendatario asume los costos incrementales que genera con la compartición de infraestructura, no existiendo expropiación ni subsidio cruzado alguno que perjudique al concesionario eléctrico.

De otro lado, respecto de lo señalado por ENEL en cuanto a que la reducción de costos pretendida por AZTECA PERÚ y permitida por el OSIPTEL solo buscaría incrementar los beneficios de dicha empresa, se reitera lo indicado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 177-178), respecto a que la implementación de la Metodología no considera de ningún modo en el análisis –por no ser necesario- aspectos relacionados al impacto en las tarifas que correspondan aplicar a los usuarios finales o para el Estado (como concedente), ni al impacto los beneficios de la empresa concesionaria de la RDNFO.

Se reitera que el pronunciamiento del OSIPTEL en el Mandato de Compartición, se ha enmarcado estrictamente en lo dispuesto por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25.3 de su Reglamento, en virtud de los cuales este organismo debe velar porque el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de energía eléctrica





e hidrocarburos, se realice conforme al artículo 30 del citado Reglamento, esto es, a cambio de una contraprestación que se determine utilizando la Metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Adicionalmente, es oportuno señalar que el impacto económico que pueda tener para AZTECA PERÚ alguna eventual reducción en sus gastos por compartición de infraestructura como resultado de la emisión de un mandato, es una circunstancia interna del referido operador que en todo caso debería ser evaluado por su concedente (el MTC) para que, de ser el caso, adopte las acciones que correspondan como contraparte del citado contrato de concesión, en ejercicio de sus atribuciones.

No obstante, se debe recalcar que la regla económica de precio máximo determinada por la Ley N° 29904 y su Reglamento, aplica cuando el arrendatario es AZTECA PERÚ o cualquier otro Operador de Telecomunicaciones, por cuanto se trata de reglas para el acceso y uso de infraestructura eléctrica para la provisión de Banda Ancha y, en lo que se refiere a las contraprestaciones, la decisión del OSIPTTEL se sujetará en todos los casos al artículo 13.4, literal b), de la Ley N° 29904 y a la Metodología aprobada en dicho marco legal.

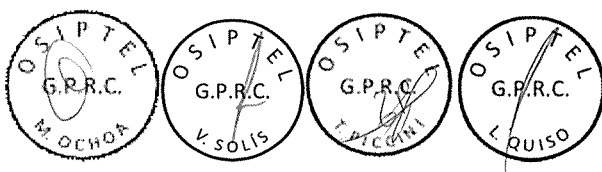
En consecuencia, en la emisión del Mandato de Compartición no se ha vulnerado el principio de Debido Procedimiento como lo ha indicado ENEL, por cuanto su argumentación económica y los fundamentos sí han sido consideradas y desvirtuadas en el análisis respectivo.

#### 4.3.4. Sobre los fundamentos complementarios al recurso de reconsideración de ENEL.

- ***Respecto a que la modificación del valor de las variables “f” y “m” de la fórmula de la Metodología no justificaría legalmente la modificación de la retribución mensual pactada en el Contrato.***

ENEL sostiene que lo dispuesto en el Mandato de Compartición es contrario al ordenamiento jurídico por cuanto el Contrato establece válidamente un plazo mínimo de tres (3) años en el que la retribución mensual no puede ser modificada, y por ende la modificación de la Metodología rige para los contratos de acceso y uso de infraestructura que se celebren a partir de su entrada en vigencia, o para los contratos que contengan cláusulas de adecuación automática a los cambios de la Metodología.

Al respecto, se reitera lo indicado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 103-104), respecto a que la modificación de la retribución pactada en el Contrato se sustenta, en principio, en el hecho que AZTECA PERÚ solicitó dicha modificación a ENEL y ésta no aceptó la referida solicitud, con lo cual se abrió la posibilidad para AZTECA PERÚ de recurrir al OSIPTTEL en vía de mandato para solicitar se aplique el precio máximo regulado respectivo; ello, en el marco de lo dispuesto por los artículos 13.4.b y 32 de la Ley N° 29904 y los artículos 25 y 30.4 de su Reglamento.



Cabe reiterar además que el régimen legal en el cual fue creado el Contrato (Ley N° 29904), genera derechos y obligaciones para ambas partes, siendo una de éstas la sujeción a un régimen de precio máximo regulado. En efecto, se recuerda que el Reglamento de la Ley N° 29904 establece lo siguiente:

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

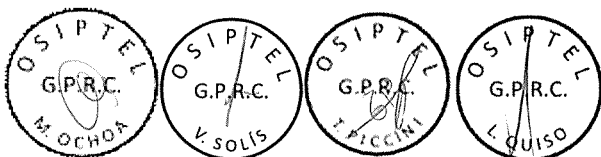
[El énfasis es agregado]

Asimismo, considerando que ENEL ha señalado en su recurso de reconsideración que en el presente caso se ha realizado un análisis normativo de la Ley de Banda Ancha pero que se habría omitido realizar un análisis constitucional y contractual, se debe señalar que en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 47), se señaló que para el OSIPTEL era “claro que la Ley N° 29904, establece en su artículo 13 restricciones a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación de los titulares de la infraestructura necesaria para el despliegue de las redes de Banda Ancha, cuyo cumplimiento debe ser verificado por el OSIPTEL ejerciendo la atribución conferida por el artículo 32 de la citada Ley, concordado con el artículo 25, numeral 25.3, de su Reglamento.”

De manera complementaria, se debe enfatizar que la relación de compartición de infraestructura que ENEL y AZTECA PERÚ crearon el 9 de noviembre de 2015, se encuentra en un ámbito en el que la iniciativa privada debe ser ejercida necesariamente conforme a reglas que define el Estado, en tanto se refiere a provisión de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos y ésta una materia constitucionalmente reservada para la actuación principal del Estado, conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 58 de la Constitución<sup>27</sup>.

Bajo dicho precepto constitucional, el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo han dictado normas para promover la prestación y masificación de servicios públicos de telecomunicaciones, entre ellas, normas que facilitan el uso compartido y eficiente de la infraestructura disponible de otros servicios públicos y que establecen mecanismos para eliminar fallas de mercado que podrían afectar dicha compartición. Este es el caso de la Ley N° 29904 y su Reglamento.

<sup>27</sup> “Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” [el subrayado es agregado]



En efecto, la Ley N° 29904 es una ley que, como se señaló en el Mandato de Participación, en su artículo 13 limita la autonomía de la voluntad privada y las libertades de contratar y de estipulación de los titulares de la infraestructura de energía (v.g. concesionarios eléctricos) y de los usuarios de esta infraestructura (v.g. operadores de telecomunicaciones), con el objetivo de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones que masifiquen la Banda Ancha. Ello, sobre la base de la previa declaración de necesidad pública e interés nacional contenida en el artículo 3, numeral ii), de la propia Ley N° 29904; y considerando que el marco constitucional admite la limitación, restricción o intervención sobre las libertades y derechos de los particulares, cuando ello resulta necesario, entre otros fines, para tutelar bienes de relevancia jurídica constitucional<sup>28</sup>.

Cabe indicar que la razonabilidad de la decisión legislativa contenida en el artículo 13 de la Ley N° 29904, radica en el hecho de que la infraestructura eléctrica es una facilidad esencial para el desarrollo de redes de telecomunicaciones, que brinda a los titulares de dicha infraestructura información asimétrica y poder de negociación frente a los solicitantes de la infraestructura que, en ausencia de intervención regulatoria, puede llevar a soluciones ineficientes que trasladarán dichas ineficiencias a mercados finales, reduciendo para la población la oferta de servicios de Banda Ancha y/o incrementando los costos para su acceso.

Las limitaciones antes referida a las libertades de los concesionarios de energía eléctrica y de los operadores de telecomunicaciones, se observan con claridad en el artículo 13.1 de la Ley N° 29904, cuando impone a los concesionarios de energía la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, para hacer posible el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha, limitando a dichos concesionarios la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente.

Asimismo, siendo que en el presente procedimiento se discute la retribución que debe ser aplicada por la provisión del referido acceso y uso, se debe tener sumamente presente que las libertades de estipulación del concesionario de energía eléctrica y del operador de telecomunicaciones, se encuentran limitadas por el artículo 13.4 de la Ley N° 29904, que establece que las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura compartida se determinan con una metodología también definida normativamente.

Por consiguiente, para el OSIPTEL queda sumamente claro que la autonomía de la voluntad privada y las libertades constitucionales de contratar y de estipulación,

<sup>28</sup> Cfr. fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el EXP. N.° 00004-2010-PI/TC: "En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto." [el subrayado es agregado]



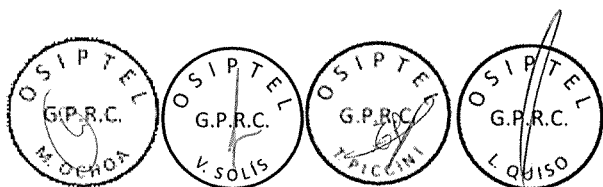
establecidas en el artículo 62 de la Constitución, tienen límites especiales cuando se ejercitan en una materia dentro del ámbito de la Ley N° 29904, para crear, modificar, regular o extinguir las relaciones de compartición de infraestructura que permitan el despliegue de redes de telecomunicaciones para masificar la Banda Ancha.

En ese contexto, el entendimiento de ENEL según el cual el régimen jurídico aplicable al Contrato no ha facultado al OSIPTEL a modificar los términos o importes fijados por las partes al amparo de un análisis de no discriminación, es incorrecto, por cuanto el artículo 62 de la Constitución cuando se refiere a relaciones contractuales que surgen en el ámbito de la Ley N° 29904, se debe aplicar no solo de manera coherente con el antes citado artículo 58 de la Constitución, sino con el artículo 61 de la norma constitucional que impone al Estado el deber de facilitar la libre competencia y, precisamente, con la Ley N° 29904 se promueve la competencia en los mercados de telecomunicaciones facilitando que los competidores de estos mercados hagan un uso eficiente de la infraestructura disponible con sujeción a condiciones reguladas y no discriminatorias.

Considerando el referido marco constitucional, el Congreso de la República estableció en el artículo 32 de la Ley N° 29904, que el OSIPTEL *“es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 (...) de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias”*. En ese sentido, el OSIPTEL ha recibido la atribución de dictar aquellas disposiciones que resulten necesarias para que el artículo 13 de la Ley N° 29904 -que establece los límites a la autonomía privada, a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación antes expuestos-, se cumplan; lo que implica, entre otras medidas, aplicar la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 para determinar los precios máximos correspondientes, así como velar por el otorgamiento de precios en condiciones no discriminatorias por parte de los titulares de la infraestructura eléctrica.

Cabe añadir que un régimen de precios máximos es en su misma esencia reflejo del principio de no discriminación, toda vez que ante circunstancias objetivamente similares (v.g. costo de la inversión u operación de un mismo poste o torre), debería corresponder que se aplique un mismo precio –orientado a dichos costos- a todos los arrendatarios de la infraestructura. Justamente por ello, en caso que las partes pacten precios inferiores al máximo, a efectos de asegurar la aplicación del principio de no discriminación, dicho precio menor debe ser ofrecido a terceros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a la respectiva infraestructura, como expresamente lo establece el Reglamento de la Ley N° 29904.

Por otro lado, respecto al argumento de ENEL según el cual el cuestionamiento del OSIPTEL de los términos fijados por las partes en un contrato de compartición atenta contra el principio de Seguridad Jurídica que rige en nuestro ordenamiento, se reitera lo señalado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 104), respecto que ha sido su propia contraparte contractual (AZTECA PERÚ) la que le solicitó modificar los términos de un contrato por otros que se sujeten a la regla legal del precio máximo regulado. Es



incorrecto indicar, por tanto, que el OSIPTEL sostenga que puede “*alterar cualquier relación de compartición previamente acordada por las partes y en cualquier momento*”.

Se reitera a ENEL que el cuestionamiento de su contraparte, AZTECA PERÚ, se ha producido conforme al mismo marco normativo que existía de manera previa a la celebración del Contrato, como es el caso de los artículos 13.4 y 32 de la Ley N° 29904 y los artículos 25 y 30 de su Reglamento. En ese sentido, frente a la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ para modificar las condiciones económicas aplicables a su relación de compartición, resultaba predecible la actuación que desarrollaría el Estado a través del OSIPTEL en una intervención subsidiaria en vía de mandato, ante falta de acuerdo respecto de una solicitud como la indicada para sujetar las contraprestaciones al precio máximo regulado.

De otro lado, ENEL sostiene que el criterio de no discriminación desincentivará el inicio de negociaciones previas y fomentará la participación del Estado en las relaciones de compartición; respecto de lo cual, se considera que el criterio de no discriminación tiene un efecto contrario al indicado por ENEL, por cuanto acota las alternativas posibles en una negociación y con ello disminuyen los costos de transacción para las partes. Asimismo, al ser predecible la posición que adoptará el regulador en caso le sea solicitada su intervención en vía de mandato, lo eficiente para las partes sería que arriben a una solución consensuada.

Consecuentemente, el entendimiento de ENEL de la Ley N° 29904 y su Reglamento expuesto en su recurso de reconsideración, según el cual su relación de compartición de infraestructura creada contractualmente con AZTECA PERÚ con sujeción a la Ley N° 29904 se debe mantener inalterable por tres (3) años así ésta le haya solicitado modificarla (al haber advertido que el Contrato no cumplía con el marco regulatorio aplicable), sin que el Estado pueda intervenir para velar por el cumplimiento del marco normativo respectivo; es un entendimiento jurídicamente incorrecto y debe ser descartado, toda vez que vulnera:

- (a) Los artículos 58 y 61 de la Constitución, en virtud de los cuales el Estado peruano debe promover la masificación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en condiciones de competencia; y,
- (b) Los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, que establecen límites a la autonomía privada de las partes de una relación de compartición de infraestructura eléctrica y atribuyen competencia al OSIPTEL para intervenir en dichas relaciones para que se cumpla con los límites dispuestos.

Asimismo, dicha interpretación es inconsistente con la función normativa del OSIPTEL dispuesta por las Leyes N° 27332 y N° 29158, por la cual actúa sobre mercados de servicios públicos e infraestructura de uso público dictando medidas para asegurar los fines de interés general que, en el presente caso, le ha encomendado la precitada Ley N° 29904, según lo detallado en párrafos precedentes.



- **Respecto a que el Mandato de Compartición señala erróneamente que el denominador “Na” de la Fórmula es igual a tres (3), lo cual no tendría base normativa y carecería de sustento técnico.**

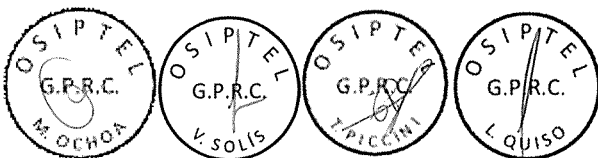
ENEL considera que el sustento por el cual la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios en el denominador “Na” de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico. Como sustento de su posición, ENEL ha presentado con su recurso de reconsideración copia del Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del Viceministerio de Comunicaciones (en adelante, DGRAIC-MTC), en el que se señala que el parámetro Na representa al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo.

Asimismo, en relación con este argumento, en el informe oral ante el Consejo Directivo, ENEL presentó copias del Memorando N° 680-2017-MTC/24 de fecha 5 de julio de 2017 y del Informe N° 758-2017-MTC/24 de fecha 4 de julio de 2017, emitidos por la Secretaría Técnica del FITEL que, entre otros aspectos, señala que el valor de Na debe ser el número efectivo de cables utilizando la infraestructura, como se observa en el siguiente extracto de dicho informe:

(...)  
4. Por lo expuesto en anterior párrafo, en el sentido económico explicado no se puede pretender fijar el valor de Na, el valor de Na debe ser el número efectivo de cables utilizando la infraestructura. Y en el sentido legal tampoco, pues la misma norma sólo permite la modificación de los siguientes valores: m, l, h y f. No permite el establecimiento o modificación del valor de Na.  
(...)”

Asimismo, en el informe oral ante el Consejo Directivo, ENEL presentó copia de algunas hojas del Informe N° 256-2017-MTC/26 de fecha 12 de julio de 2017, emitido por la DGRAIC-MTC en la que acoge la posición en mención de la Secretaría Técnica del FITEL, en los siguientes términos:

(...)  
Sobre lo expresado por la Secretaría Técnica del FITEL, cabe precisar que, la metodología reconoce el gasto por la operación y mantenimiento por la presencia de al menos un (01) cable de FO en la infraestructura eléctrica, gasto que se incrementa de forma marginal por la presencia de dos o más cables de FO ya que las actividades de inspección, poda, limpieza, mantenimiento preventivo, entre otras, son las mismas indistintamente del número de cables de FO. Dicho reconocimiento permanecerá constante hacia el operador eléctrico, sin embargo, ante la presencia de más de un arrendatario, el gasto será distribuido de forma proporcional, manteniendo constante la retribución total por la operación y mantenimiento. En ese sentido, se acoge el comentario de FITEL de mantener el valor de la variable Na como en la metodología vigente, es decir, dinámico.  
(...)” [El resaltado es de ENEL]



Respecto de lo señalado por ENEL y de la documentación presentada con ocasión de su recurso de reconsideración, se debe precisar, en primer lugar, que lo mencionado por la DGRAIC-MTC y la Secretaría Técnica del FTEL (v.g. Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, Informe N° 256-2017-MTC/26 del 12 de julio de 2017, e Informe N° 758-2017-MTC/24 de fecha 4 de julio de 2017) respecto del supuesto valor que debe asumir la variable “Na” de la Metodología; difiere de la posición expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la RVM N° 768. En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017 -presentado por AZTECA PERÚ con su solicitud de mandato-, se observa que el Viceministerio de Comunicaciones indicó lo siguiente respecto del valor del parámetro Na:

“(...)

Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro “Na” (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3<sup>a</sup> independientemente del número de arrendatarios efectivos.

(...)” [El subrayado es agregado]

Precisado lo anterior, se debe señalar que los precitados Informes N° 758-2017-MTC/24 y N° 256-2017-MTC/26 corresponden al proceso de elaboración del proyecto normativo que modificaba la Metodología y que fue publicado para comentarios de los interesados el 20 de julio de 2017, mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03.

Del análisis de la referida propuesta, se observa que la construcción metodológica que sustentó la referida propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, consideró para el cálculo de la variable “f” = 6.1%, la instalación de un (1) único cable de comunicaciones, como textualmente se indicó en la página 9 del precitado Informe N° 256-2017-MTC/26, publicado en su integridad en la página web del MTC<sup>29</sup>:

“(...)

En ese sentido, esta nueva propuesta considera para el cálculo de la variable “f”, la instalación de solo un (01) cable de FO por cada arrendatario en lugar de tres (03). De modo que cada arrendatario pagará de forma justa por la infraestructura que realmente utiliza.

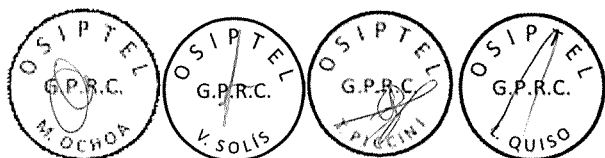
(...)” [El subrayado es agregado]

Sin embargo, en la RVM N° 768, y según lo analizado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág. 139 y siguientes) que sustentó el Mandato de Participación, el dimensionamiento metodológico empleado para calcular el costo incremental de la

<sup>29</sup> Documento publicado en el siguiente enlace:

[http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM\\_698\\_2017\\_MTC\\_03.pdf](http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM_698_2017_MTC_03.pdf).

Fecha de revisión: 16 de mayo de 2018.



infraestructura eléctrica que es objeto de compartición, consideró tres (3) cables de comunicaciones para fijar dicho costo incremental variable total en 18.3% (v.g. 6.1% x 3).

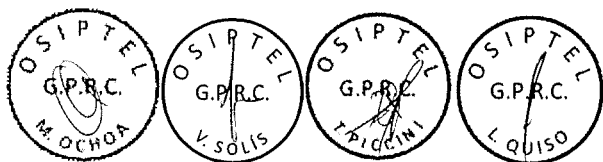
Por consiguiente, las consideraciones metodológicas expuestas tanto en el Informe N° 256-2017-MTC/26 y en el Informe N° 758-2017-MTC/24 –presentados por ENEL como sustento de su posición-, llevaron al Viceministerio de Comunicaciones a calcular un costo incremental variable total en 6.1% del OPEX de la infraestructura de soporte, lo que implicaba considerar la instalación de un único cable de comunicación. Ello, en la línea de la propuesta publicada por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (publicada para comentarios en el Diario Oficial El Peruano el 18 de febrero del 2017), que planteó “f” = 5,8% considerando también un único cable de comunicación, según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de esta última resolución y en su informe sustentatorio.

En ese sentido, en los proyectos normativos que precedieron a la RVM N° 768, el MTC plantó: (a) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (febrero 2017), un valor de “f” = 5,8%, y (b) en el proyecto publicado por la antes citada Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 (julio del 2017), un valor de “f” = 6,1%.

Sin embargo, se debe enfatizar que las propuestas normativas publicadas tanto por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 como por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, difieren metodológicamente del dimensionamiento considerado en la RVM N° 768, que finalmente aprobó el valor de “f” = 18,3% considerando tres (3) cables de comunicación. Lo señalado se muestra en el siguiente esquema:

**Cuadro N° 1  
COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO “f”**

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)	PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>03 cables de comunicación</b>
Valor de “f” = 5,8% (para media y alta)	Valor de “f” = 6,1% (para media y alta)	Valor de “f” = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de <b>132,5 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado del ratio entre el valor de <b>139,23 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por <b>3</b> , el ratio entre el valor de <b>139,23 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)





Como se observa del referido esquema, el MTC publicó para comentarios: (i) en febrero de 2017, un valor del parámetro "f" = 5,8% dimensionado respecto de la instalación de un cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, y (ii) en julio de 2017, un valor del parámetro "f" = 6,1%, dimensionado también sobre la instalación de un cable de comunicación. Sin embargo, la RVM N° 768 fijó el parámetro "f" = 18,3%, considerando una única variación metodológica, referida ésta al número de cables empleado para el dimensionamiento del costo total de compartición, pero manteniendo los demás criterios metodológicos considerados en los dos proyectos previos, es decir, el peso promedio por cable de fibra óptica, el peso promedio por línea de transmisión y el ratio entre ambos pesos.

En ese sentido, la Metodología en vigor, fija el parámetro "f" = 18,3% considerando la instalación de tres (3) cables de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico y el incremento porcentual de los costos que se generan para el titular de dicha infraestructura al instalar en ésta los tres (3) cables antes indicados. Por consiguiente, si un arrendatario solo tiene un (1) cable de comunicación, el sobrecosto que genera y que debe remunerar al concesionario eléctrico es el que corresponde a su respectivo cable, esto es, la tercera parte de 18,3%. En esa línea, a continuación se muestran los valores de retribución mensual que corresponderían a cada valor del parámetro "f", para cada uno de los tres momentos referidos anteriormente:

**Cuadro N° 2**  
**COMPARATIVO DE LOS VALORES DE RETRIBUCIÓN MENSUAL**

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN				NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN	
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)		PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)		APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)	
Costo total de compartición por la instalación de <b>01 CABLE DE COMUNICACIÓN</b>		Costo total de compartición por la instalación de <b>01 CABLE DE COMUNICACIÓN</b>		Costo total de compartición por la instalación de <b>03 CABLES DE COMUNICACIÓN</b>	
VALOR DE "f" = 5,8% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 6,1% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 18,3% (para media y alta)	
"Na" = 1		"Na" = 1		"Na" = 3	
Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)	
EA060COU0S0-300- A2	20,70	EA060COU0S0-300- A2	21,80	EA060COU0S0-300- A2	21,80
EC060COU0D0-300- S1	2,90	EC060COU0D0-300- S1	3,00	EC060COU0D0-300- S1	3,00
EMSU1P60C1	2,60	EMSU1P60C1	2,70	EMSU1P60C1	2,70
PPC20	0,44	PPC20	0,46	PPC20	0,46
PPC24	0,57	PPC24	0,60	PPC24	0,60

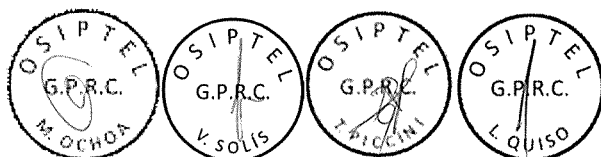


Observando un horizonte temporal, se pueden identificar dos momentos claves. El primero, con la publicación para comentarios de los valores propuestos por el MTC para el parámetro “f” de 5,8% y 6,1% (publicados en febrero y julio de 2017, respectivamente), en cuyos casos, según el análisis efectuado por el OSIPTEL corresponde considerar un valor del “Na” igual a uno (01). Un segundo momento, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro “f” de 18,3% (aprobado en agosto de 2017), en cuyo caso, según el análisis efectuado por el OSIPTEL corresponde considerar un valor del “Na” igual a tres (03). Asimismo, no habiendo el MTC cambiado su metodología para estimar el valor del parámetro “f” más que en el dimensionamiento del número de cables (tal como se evidencia en el Cuadro N° 01), el costo de compartición que debe pagar un arrendatario no podría triplicarse en relación al último proyecto publicado para comentarios.

De esta manera, se puede evidenciar que el MTC a través del antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 cursado por el Viceministro de Comunicaciones, quien suscribe la modificatoria, es consistente con este segundo momento señalado, es decir, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro “f” = 18,3%, en el que el pronunciamiento del MTC es que corresponde considerar un valor del “Na” igual a tres (03). Asimismo, se obtiene los mismos valores de retribución mensual, considerando tanto el valor del parámetro “f” señalado en el último proyecto para comentarios y dicho valor señalado en la norma aprobada, considerando la posición final del MTC y el análisis del OSIPTEL respecto del valor de la variable “Na”.

En ese contexto, lo señalado por la DGRAIC-MTC en el Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 –presentado por ENEL con su recurso de reconsideración–, que considera que el valor de “Na” corresponde al “*número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo*”, es claramente inconsistente con el propio diseño metodológico considerado por el Viceministerio de Comunicaciones al aprobar la RVM N° 768.

En efecto, asumir la posición del citado Oficio N° 579-2017-MTC/26 implicaría avalar que un arrendatario que genera un sobrecosto OPEX del 6.1% al utilizar la infraestructura eléctrica para su cable de comunicación, no remunere dicho sobrecosto sino el equivalente al triple del mismo (18.3%), considerando además la aclaración realizada por el MTC en el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustento la RVM N° 768. Ello, contraviene de manera evidente la regla legal dispuesta en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904, de remuneración de “*la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable*”, por cuanto en los hechos se remuneraría al concesionario eléctrico la operación y mantenimiento incremental (OPEX incremental) con un margen de utilidad que supera el doble de dichos costos, es decir, un margen de utilidad a todas luces irrazonable por cuanto duplica al costo de provisión de la facilidad, siendo además que no se tiene referencia alguna de márgenes de utilidad que se ubiquen en tales niveles en prestaciones sujetas a regulación económica. Ese resultado de la aplicación de la Metodología carece de sustento económico y debe ser descartado



por contravenir la regla de remuneración de costos y margen de utilidad razonable de la Ley N° 29904 antes citada.

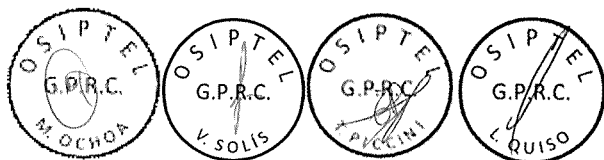
En esa línea, aceptar la posibilidad que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico sea constante como resultado de la aplicación de la Metodología -como lo indica ENEL sustentándose en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26-, implicaría también aceptar que un arrendatario remunere costos que no ha generado, es decir, que remunere costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la Ley N° 29904, que tiene por finalidad promover la masificación de la Banda Ancha en el país, no avala en ninguna de sus disposiciones que los concesionarios eléctricos puedan obtener ingresos injustificados y que impliquen sobrecostos para los operadores de telecomunicaciones, que se trasladarán a los mercados finales encareciendo o limitando el acceso a la Banda Ancha, estando ello en contrasentido con la finalidad y objeto de la Ley N° 29904.

Cabe señalar, adicionalmente, que las inconsistencias con la Metodología que trae consigo la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26, no se observan en la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del “*número de arrendatarios efectivo*” como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Es preciso enfatizar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato, se ha analizado las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la RVM N° 768 y sus respectivos proyectos (publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03), entre ellos los antes citados Informes Informe N° 256-2017-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, mencionados por ENEL en su recurso de reconsideración.

Como resultado del referido análisis, el OSIPTEL, al emitir la decisión normativa contenida en el Mandato de Compartición, ha considerado que el valor del parámetro “Na” de la Metodología debe ser tres (3) por ser ello consistente con la construcción metodológica que sustenta la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Por otra parte, respecto al argumento de ENEL según el cual el Principio de Onerosidad de la Compartición establecido en la Ley N° 28295 corresponde a un régimen de precios libres y, por ende, resulta incompatible con el régimen de precios máximos dispuesto por la Ley N° 29904; se reitera lo señalado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 (pág.



173), en el que se indica que no es correcto sostener que la Ley N° 28295 establezca un régimen de precios libres.

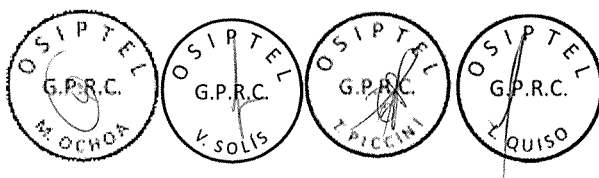
En particular, se debe considerar que el artículo 14 de la Ley N° 28295 establece que *“los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público. La metodología de cálculo será fijada en el Reglamento de la presente Ley y deberá ser debidamente sustentado en un informe técnico.”*

En esa línea, el OSIPTEL ha aplicado la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 en mandatos de compartición de infraestructura emitidos en el marco de la Ley N° 28295, por cuanto la Metodología del Reglamento de la Ley N° 29904 es consistente en sus fundamentos técnicos, económicos y legales, con los principios y reglas establecidos en la Ley N° 28295 para la compartición de infraestructura eléctrica para redes de telecomunicaciones.

De otro lado, en relación a lo manifestado por ENEL respecto de que la variable “Na” se ha convertido en una constante, se debe señalar que desde el punto de vista conceptual, el hecho que una variable tome el mismo valor en diferentes momentos del tiempo, no la convierte en una constante *“per se”*, ya que queda latente la posibilidad de que pueda tomar otros valores en algún momento. Este es el caso, de la variable “im” correspondiente a la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable, la cual para efectos del cálculo de las contraprestaciones mensuales, se ha tomado el valor mensualizado de la tasa del 12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas, actualmente vigente. Como se observa, dicha variable “im” también ha tomado el mismo valor en diferentes momentos del tiempo (desde la primera determinación de contraprestación mensual al amparo de la Ley N° 29904 hasta la actualidad); no obstante, quedando siempre latente la posibilidad de que pueda tomarse otro valor en algún momento, debidamente sustentado.

Finalmente, respecto al argumento de ENEL relativo a que el Mandato de Compartición podría generar potenciales incumplimientos en materia técnica y de seguridad por parte de ENEL; se debe enfatizar que ello es incorrecto y carece de absoluto fundamento técnico, por cuanto en ninguna disposición del Mandato de Compartición se obliga a ENEL a brindar acceso y uso de su infraestructura a algún interesado cuando dicha infraestructura técnicamente no pueda albergar, con las medidas de seguridad aplicables, a un cable adicional de comunicaciones.

Cualquier lectura del Mandato de Compartición que derive en conclusiones distintas, es incorrecta y debe ser descartada. En esa línea, la conclusión que indica ENEL respecto a que el Mandato de Compartición habría *“asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios”*; es también incorrecta y no se deriva de ningún argumento expuesto en el Mandato de Compartición, algunos de los cuales han sido ampliados en el presente informe a efectos de facilitar una mejor comprensión de la respectiva decisión normativa. Lo que se ha determinado en el referido Mandato es el valor de la retribución mensual por arrendatario




que instala un (1) cable de comunicaciones, y si la infraestructura de ENEL técnicamente sólo puede soportar a un (1) arrendatario, entonces ese único arrendatario es el que pagará la retribución mensual fijada en el Mandato, ya que es el único que ha generado los costos de compartición. Por consiguiente, no se establece en el Mandato de Compartición que ENEL deba tener un número determinado de arrendatarios.

## 5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por ENEL, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el acápite 4.3 del presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,



**LENNIN QUISO CÓRDOVA**  
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS**  
**Y COMPETENCIA (E)**

