

10152-2018/SE601

OSIPTEL

2018 MAY 23 PM 2:36 Expediente : 00017-2017-CD-GPRC/MC

RECIBIDO

Sumilla : Presentamos comentarios al Proyecto de Mandato.

Escrito : 7

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

ELECTRONORTE S.A. ("ENSA"), debidamente representada por su abogada Noelia Carreras Schabauer, según poderes que obran en el expediente, en el procedimiento administrativo de solicitud de emisión de mandato de compartición iniciado por AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA"), atentamente decimos:

Que, el 4 de mayo de 2018, ENSA fue notificada con la Carta C.00315-GCC/2018, por la cual se nos corrió traslado de la Resolución de Presidencia N° 00051-2018-PD/OSIPTEL, por medio de la cual, en respuesta a la solicitud de prórroga efectuada mediante Escrito N° 06 del 25 de abril de 2018, el OSIPTEL nos otorgó un plazo de 10 días calendario a contarse a partir del 14 de mayo de 2018 para remitir nuestros comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura ("Proyecto de Mandato") contenido en el Informe N° 00091-GPRC/2018 ("Informe") bajo el Expediente N° 000017-2017-CD-GPRC/MC.

Al respecto, dentro del plazo otorgado, procedemos a presentar nuestros comentarios al Proyecto de Mandato:

- a) **Sobre la posibilidad de emitir un mandato ante la existencia de un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura.**

De acuerdo a lo señalado por el OSIPTEL en el Informe, "los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2015 entre ENSA y AZTECA PERÚ, referidos por ENSA al sustentar su posición [Cfr. Con el acápite "b) ¿Cómo negociamos y qué pactamos con AZTECA para el uso y acceso a nuestras Instalaciones?", párrafos del 12 al 16 del Escrito N° 2 de ENSA (Apéndice -

Antecedentes 2 del Informe], permiten entender las consideraciones que tuvieron las partes para acordar los términos del Contrato suscrito en su oportunidad. No obstante, en el presente procedimiento la actuación de OSIPTEL se encuentra acotada a evaluar la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ENSA el 18 de agosto de 2017, a efectos de variar los términos inicialmente acordados en el Contrato en lo relativo a las condiciones económicas de la contraprestación periódica”¹.

Sobre el particular, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (“Reglamento”) señala lo siguiente:

“Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.

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 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.

25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.”

De acuerdo con referido artículo, expresamente existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, las cuales son i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y, ii) el mandato de compartición.

Bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, el 22 de abril de 2015, ENSA y AZTECA suscribieron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica” (el “Contrato” o el “Convenio”).

¹ Página 11 del Informe.

En tal ocasión, las partes negociaron de forma transparente, de buena fe y sin algún tipo de coacción, como consta en todas las comunicaciones cursadas entre las partes y presentadas con anterioridad al OSIPTEL, mediante las cuales se puede verificar que AZTECA otorgó su conformidad respecto a lo pactado en el Contrato. Asimismo, AZTECA comunicó su posición con respecto al cálculo de la retribución a aplicar en los proyectos del contrato e, incluso, confirmó ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tener el mismo entendimiento que ENSA sobre qué valor debía tener la variable “Na” para el cálculo de la retribución en discusión.

El OSIPTEL admite además la existencia de un contrato entre las partes, cuando señala que *“la relación de compartición que es materia de análisis fue creada como resultado del proceso de negociación referido en el numeral 2.13 del Contrato”*².

Sin embargo, pese a lo antes indicado, el OSIPTEL considera en su Proyecto de Mandato que *“no resulta preciso analizar en este procedimiento las comunicaciones cursadas entre las partes en las negociaciones sostenidas en el año 2015, que dieron lugar al acuerdo que AZTECA PERÚ ha solicitado modificar requiriendo la intervención de OSIPTEL en el presente procedimiento”*³.

Con esto, el OSIPTEL pretende desconocer todos los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú (la “Constitución”), según el cual:

“la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. (El resaltado es nuestro)

² Página 11 del Informe.

³ Página 12 del Informe.

En efecto, una vez perfeccionado el acuerdo entre las partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución es enfático al señalar que la misma no podrá ser modificada ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, debiendo entenderse que dentro de estas “disposiciones de cualquier clase” se encuentran incluidos los eventuales mandatos que dicte OSIPTEL.

No sólo ello, sino que además la misma disposición constitucional antes citada agrega que las controversias que surjan en virtud de dichos contratos - ya perfeccionados - únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Esta es la base constitucional que OSIPTEL omite analizar en el Proyecto de Mandato, y que niega a este regulador la competencia de dictar mandatos en supuestos en los cuales ya existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. Omitir este análisis en la motivación del eventual mandato que se dicte, invalidará de pleno derecho esta decisión, pudiendo ser luego observada por desconocer lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

Ahora bien, no sólo existe base constitucional para negar la competencia de OSIPTEL en el presente caso, sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada por el Informe con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado.

Así pues, el artículo 1351 del Código Civil, al definir al contrato como *“el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*, entiende que *“(e)l significado del contrato como acto de decisión no excluye la posibilidad de que la parte o las partes tengan un querer distinto del manifestado. La falta de voluntad interna correspondiente no impide, en efecto, que el acto se presente siempre como acto de voluntad”*⁴. Por ello, un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, y si una de ellas pretende realizar una modificación a una cláusula

⁴ Massimo Bianca (2007). *Derecho Civil. El Contrato*. (Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Trad). Colombia: Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. P.26.

contractual previamente pactada, dicha parte debe emitir una oferta y la otra parte debe aceptarla para que pueda efectuarse la modificación del contrato y se convierta en un nuevo acuerdo que genere obligaciones para ambas partes. En el presente caso, sin embargo, OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por ENSA y AZTECA en el contrato celebrado.

De manera errónea, OSIPTEL sostiene que la definición de contrato recogida en el artículo 1351 del Código Civil confirma más bien sus competencias para intervenir en las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puesto que un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura *“puede tener también por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura”*⁵; sin embargo, omite analizar dos cuestiones relevantes.

Primero, el término “contrato” empleado a lo largo del artículo 25 y principalmente en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 hace referencia exclusivamente a un escenario en el cual previamente no existe ningún contrato de acceso, y a falta o negativa injustificada de celebrar uno, se hace necesario acudir al OSIPTEL para que éste dicte un mandato de compartición. Mal podría indicarse, entonces, que OSIPTEL puede dictar mandatos para modificar un contrato ya celebrado.

Segundo, una lectura del artículo 25 en cuestión nos lleva a la conclusión de que las funciones de OSIPTEL para dictar un mandato son “subsidiarias”, es decir, únicamente ejercidas en defecto de un contrato de acceso y uso de infraestructura. Una vez celebrado el “contrato” al que hace referencia el artículo 25, corresponderá que las partes resuelvan sus controversias según lo convenido por ellas mismas (en el caso de AZTECA y ENSA, mediante un arbitraje). Aunque se alegue que existe un marco normativo sobre el cual las retribuciones por uso de la infraestructura deben ser calculadas, la interpretación y aplicación de las mismas le corresponderá hacerlo a un tribunal arbitral y no al OSIPTEL.

⁵ Página 10 del Informe. Punto 4.1.2.

La normativa aplicable es clara y precisa para determinar que sólo existen dos modalidades para que se realice la compartición de infraestructura, y una de ellas es el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. ENSA y AZTECA, como se mencionó anteriormente, suscribieron el Contrato, por tanto, a falta de acuerdo en la retribución que se debe pagar, AZTECA debe ceñirse únicamente a la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato para resolver la controversia:

“Vigésimo Quinta: De la Jurisdicción

(...)

25.2. De no llegarse a un acuerdo de trato directo, dentro del plazo establecido en el numeral 25.1, todos y cada uno de los reclamos, disputas causales de demanda por pérdidas o daños, controversias, diferencias, procedimientos o cuestionamientos entre las partes que surjan a raíz del presente Contrato, o que se relacionen en cualquier forma a su validez, ejecución, aplicación, alcance, interpretación, incumplimiento, violación o resolución (la “Controversia” o las “Controversias) serán exclusiva y definitivamente determinados y resueltos mediante un arbitraje de derecho realizado con sujeción al presente Contrato y de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima [...]

25.3. Los árbitros serán en número de tres (3), cada parte designará a uno, los que a su vez designarán al tercer árbitro quien presidirá el Tribunal Arbitral. Los honorarios de los árbitros serán fijados por la institución arbitral que los haya propuesto.

25.4. Las Partes acuerdan que el laudo arbitral emitido o la resolución dictada por el Tribunal Arbitral será inapelable, definitivo, vinculante y concluyente para las Partes. La ejecución de dicho laudo o resolución arbitral, en caso de incumplimiento disponible ante cualquier tribunal o corte competente de la Ciudad de Lima. Los costos de arbitraje serán de cargo de quienes determinen los árbitros.

25.5. El Tribunal Arbitral funcionará en la Ciudad de Lima.

En tal sentido, las partes pactaron someterse a un proceso arbitral, en caso no llegaran a un consenso y resolver de forma satisfactoria la controversia. Es totalmente contrario a la buena fe que, a pesar de lo pactado, ahora AZTECA pretenda desconocer el Contrato suscrito sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, presentando a OSIPTEL una solicitud de mandato de compartición a pesar de que previamente las partes suscribieron un Contrato en cumplimiento con lo dispuesto en el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento.

En el presente caso, no hubo falta de acuerdo como indica el OSIPTEL, sino que sí se concretó un acuerdo y este consenso se materializó con la suscripción del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica. Como bien indica el OSIPTEL en el Informe, *“el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso compartido de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo”*⁶. El OSIPTEL confirma que el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario, por tanto la finalidad de la norma, sería que primero las partes negocien y lleguen a un acuerdo para que en consecuencia se suscriba un contrato de acceso, mas no lo que aduce OSIPTEL, según el cual una modificación al contrato ya celebrado puede también ser objeto de mandato.

AZTECA parece olvidar que ya tiene suscrito un Contrato de Acceso con ENSA e informa maliciosamente a OSIPTEL que la carta del 18 de agosto de 2017 fue presentada en el marco de lo dispuesto en el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, cuando el mismo OSIPTEL ha establecido que la emisión de un mandato es un mecanismo subsidiario.

Es importante mencionar nuevamente los alcances previstos en los numerales 25.2 y 25.3 del Reglamento que señalan lo siguiente:

⁶ Página 10 del Informe.

“Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

(...)

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 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.

25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.”

Al respecto, el artículo 25.3 del Reglamento, cuando hace referencia al *plazo de 30 días hábiles señalado en el numeral precedente*, hace referencia al plazo de 30 días hábiles que tienen las partes para negociar y suscribir el contrato de compartición lo cual sí está establecido en el numeral 25.2, y hace referencia a la falta de consenso, siempre y cuando, no se haya suscrito un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura.

El OSIPTEL no debe intervenir emitiendo un mandato de compartición, debido a que los hechos como el Derecho están siendo tergiversados y manipulados, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto en cumplimiento de la ley y el marco regulatorio aplicable, cuando el asunto tiene consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

Por tanto, al no cumplirse el supuesto de hecho para que el OSIPTEL intervengá para emitir un mandato, debido a que ya existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura suscrito entre las partes, el OSIPTEL no debe acoger la solicitud de AZTECA ni las razones desarrolladas en el Informe y Proyecto de Mandato para conceder la misma.

b) Sobre la posibilidad de modificar el Contrato mediante un mandato.

Conforme lo desarrollado en el acápite anterior, queda claro que el mandato de compartición y el contrato de acceso y uso de infraestructura son procedimientos totalmente diferentes que persiguen un mismo fin, pero con características particulares. Por tal motivo, debe cuestionarse la forma en la que el OSIPTEL busca amparar la solicitud realizada por

AZTECA, pues el Informe contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios a la seguridad jurídica de los contratos que se encuentra implícita en el derecho a la libertad contractual.

La seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico ha otorgado a los contratos a efectos de protegerlos de cualquier alteración que se pudiera producir por un elemento exógeno al mismo. Esta protección a los contratos se encuentra establecida en el artículo 62° de la Constitución, que citamos a continuación:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...)

Conforme el citado artículo, los contratos no pueden ser modificados mediante leyes u otros actos que sean totalmente ajenos a la relación contractual, pues se protege la libertad contractual de las partes para establecer los términos contractuales que consideren pertinentes y conforme a sus intereses. Esta protección es coherente con la definición de contrato establecida en el artículo 1351 del Código Civil, que establece que el contrato nace del acuerdo entre las partes y, por lo tanto, son las mismas partes las que tienen el poder de modificar su relación contractual, bajo la protección del ordenamiento para impedir intromisiones de terceros.

La importancia de la seguridad jurídica del vínculo contractual es la razón de la existencia del contrato en la organización económica de la sociedad, conforme lo sostiene Vincenzo Roppo de la siguiente manera:

“Pero el vínculo tiene sobre todo una razón funcional. El contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y

económicas. Pero no podría desplegar tales funciones, sino bajo el presupuesto de su valor vinculante para las partes. Si el contrato no fuera vínculo –o bien: si cada parte fuera libre de repudiar, modificar, violar los compromisos contractuales dados- nadie podría contar con la certeza y efectividad de sus derechos, a su vez ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de los propios contratos: en efecto, estos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían poco: y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico social saldría destruido."⁷

En el presente caso, sin embargo, OSIPTEL sostiene que se encuentra habilitado legalmente para realizar la modificación del Contrato sobre la base de la ausencia de acuerdo entre las partes, conforme lo señala el Informe:

"En consecuencia, conforme a la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, ante un requerimiento para suscribir un "contrato" de acceso y uso de infraestructura, con independencia de si su propósito es crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, que derive en una falta de acuerdo entre las partes, a solicitud de parte el OSIPTEL se encuentra habilitado a emitir el mandato respectivo definiendo las condiciones (técnicas, económicas, etc) que no fueron acordadas por las partes."⁸

El texto citado evidencia un error en la argumentación del OSIPTEL, pues se afirma que éste tiene la facultad de establecer las condiciones que no hayan sido pactadas por las partes. Sin embargo, en el presente caso, las partes han pactado claramente la forma de la retribución a favor de ENSA y, por lo tanto, no nos encontramos en el supuesto argumentado por OSIPTEL, pues existe un contrato celebrado por las partes donde claramente se pactó la retribución, tomando en consideración las modificaciones que se realizaron mediante el consentimiento de ambas partes.

⁷ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Gaceta Jurídica: Lima. Pag. 496.

⁸ Página 18 del Informe.

Asimismo, se debe tener presente que la interpretación utilizada por OSIPTEL para introducirse en la relación contractual de AZTECA y ENSA, carece totalmente de asidero jurídico, puesto que se trata de realizar una interpretación totalmente abierta de la norma con el propósito de justificar una afectación a la libertad contractual de ENSA.

Al respecto, es importante mencionar que, la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al OSIPTEL entrometerse en las relaciones contractuales de cualquier tipo, pues ninguna Ley podría aprobar ese tipo de acciones que son abiertamente contrarias a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución. Por lo tanto, la actuación de OSIPTEL es totalmente ilegal en el presente caso, pues se busca emitir un mandato, que es un procedimiento totalmente ajeno al Contrato, para establecer modificaciones al texto contractual.

En vista de ello, se debe recalcar que no existe ningún supuesto en el que una persona ajena a la relación contractual pueda modificar las condiciones de un contrato. Es un imposible jurídico que se produzca una modificación del Contrato en ausencia del consentimiento de las partes del mismo.

En ese sentido, los contratos solo pueden ser interpretados por un órgano jurisdiccional o arbitral en caso de controversias. Se advierte que nunca una parte ajena al contrato, ni los jueces o árbitros, puede realizar una modificación del contrato, ya que la labor jurisdiccional sólo comprende la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el contrato, y nunca se puede pretender arrogar la facultad de modificar las cláusulas negociadas y aceptadas en su momento por ambas partes en virtud de su derecho constitucional a la libertad contractual, lo que ahora pretende el Proyecto de Mandato.

En el presente caso, AZTECA pretende que OSIPTEL emita un mandato que modifique el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica, sustentándose en que existen infracciones a normas de orden público que establecen retribuciones máximas que no pueden ser excedidas en los contratos de acceso y uso de infraestructura.

Desafortunadamente, esta argumentación ha sido erróneamente amparada por el OSIPTEL a través del Proyecto de Mandato; sin embargo, esta posición se encuentra errada, puesto que, aun cuando existiese una posible contradicción a las normas de orden público, esta afectación debería subsanarse mediante la aplicación de los remedios jurídicos propios del Código Civil, uno de los cuales sería la declaración de nulidad de dicha cláusula (nuevamente, en sede judicial o arbitral, cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, la argumentación presentada por AZTECA carece de sustento lógico jurídico, pues AZTECA debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, basándose en esa supuesta contradicción a las normas de orden público.

De tal manera, la única forma de proceder de forma coherente con los argumentos expresados por el OSIPTEL en el Informe, sería que, antes de emitir el mandato, requiera a AZTECA recurrir al órgano jurisdiccional (en este caso, al arbitraje), a efectos de que éste declare la supuesta nulidad del Contrato en el extremo referido a la retribución económica, sobre la base de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que citamos a continuación:

Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Conforme a ello, la emisión de un mandato no tiene ninguna validez jurídica en el presente caso, por la forma en la que el OSIPTEL está desarrollando el procedimiento de mandato de compartición. En consecuencia, se debe observar la irregularidad en el ejercicio de una potestad pública, pues se está tratando de interpretar de manera extensiva la Ley N° 29904 y su Reglamento, a efectos de entrometerse en una relación contractual y creando un mal precedente para la seguridad jurídica en este tipo de contratos.

- c) Sobre la facultad del OSIPTEL de modificar la remuneración establecida en el Contrato**

La Ley N° 29904 establece la obligación de permitir el uso de su infraestructura a los concesionarios de distribución eléctrica, conforme a lo establecido en el artículo 13 que citamos a continuación:

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

13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley.

(...)

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

(...)

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

(...)

Conforme a la citada norma, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”) era la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Al amparo de lo antes dispuesto, el Reglamento dispuso claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. La metodología descrita en dicho Anexo 1 involucra distintas

variables denominadas “m”, “l”, “h”, “f” y una variable “Na” cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

En ese mismo sentido, el Anexo 1 establece que los valores otorgados a las variables “m”, “l”, “h” y “f” pueden ser modificados mediante Resolución Viceministerial; no obstante, no se señala lo mismo respecto a la variable “Na”, la cual, debe entenderse que sólo podría ser modificada por Decreto Supremo. Por este motivo, carece de fundamento jurídico la pretensión de modificar la variable “Na” y es ilegal que el Proyecto de Mandato proponga la modificación de dicha variable cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, el Reglamento) deja sentado bajo Decreto Supremo el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable “Na”.

A manera de refuerzo de nuestra posición, se debe mencionar que el MTC emitió la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03, que dispuso la modificación de los valores otorgados a las variables “m” y “f”, sin realizar ninguna modificación al valor asignado a la variable “Na”. Por tal motivo, queda evidenciado que no ha existido ninguna variación en el valor asignado a la variable “Na” y, por tanto, ésta debe seguir siendo determinada como se ha venido realizando desde la suscripción del Contrato.

Sin embargo, el OSIPTEL ha dispuesto otorgar un valor distinto al que se venía empleando para la variable “Na”, sosteniendo lo siguiente en el Informe:

“En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el “Na” aplicable debe ser igual a tres 03.

Continúa señalando lo siguiente:

Con un Na=03, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta mensual, el costo incremental individual originado por instalar su propio medio de comunicación (01 cable); y el arrendador recibirá de este específico arrendatario, el monto equivalente adicional por el uso de infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de una "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se genera distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros".⁹

Se puede observar que existe una labor de interpretación del OSIPTEL que no tiene ningún asidero jurídico, pues la forma de determinación de la contraprestación está claramente establecida en el Anexo 1 del Reglamento y no debe ser objeto de interpretaciones amplias.

En consecuencia, la interpretación del OSIPTEL es ilegítima al pronunciarse de una materia que no se debe encontrar en discusión, pues el Contrato tiene pactada una forma de determinación de la contraprestación que es la señalada en el Anexo 1 del Reglamento. Con la aprobación del Proyecto de Mandado, OSIPTEL no sólo estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución y la autonomía privada de ENSA y AZTECA, sino que también estaría yendo en contra de las normas especiales que regulan la retribución, en concreto, contra lo dispuesto por el Anexo I del Reglamento, el cual no deja espacios para el dictado de mandatos de compartición por parte de OSIPTEL.

De tal manera, el OSIPTEL al asignar el valor 03 a la variable "Na", como número de arrendatarios, estaría excediendo sus competencias más allá de lo establecido en la Ley N° 29904, pues en el supuesto negado de existir una controversia sobre la asignación del valor, esta controversia debería ser resuelta con los mecanismos de solución determinados en el Contrato, siendo que la forma de determinación de la contraprestación se establece de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento.

⁹ Página 29 del Informe.

Por otro lado, el Proyecto de Mandato modifica e interviene ilegalmente en la retribución pactada por ENSA y AZTECA, empleando los criterios para determinar la contraprestación por compartición que recoge el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, el cual **NO ES APLICABLE** al presente caso.

OSIPTEL omite en este extremo que la Ley N° 29904 ha delegado a su Reglamento el desarrollo de la Metodología para calcular la retribución por el acceso y uso de infraestructura, siendo estas normas de carácter especial y las únicas aplicables a los casos de mandatos de compartición en el proyecto de Red Dorsal. En efecto, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 desarrolla en extenso cómo se calcula la retribución y en qué únicas variables se pueden realizar modificaciones (variables “m”, “l”, “h” y “f”) y quién es el competente para aprobar dichas modificaciones, siendo este el Viceministerio de Comunicaciones. Por lo tanto, en los procedimientos de mandato que se inicien bajo la Ley N° 29904 y en los cuales se discuta la retribución -como ocurre en el presente caso- la competencia de OSIPTEL se agotará en los márgenes que ha fijado el Anexo 1 del Reglamento, no siendo competente esta entidad para fijar nuevos valores a las variables de dicho Anexo.

Téngase en cuenta que, de acuerdo al artículo 70 de la LPAG, *“la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan”*. En el presente caso, sin embargo, ni la Ley N° 29904 ni su Reglamento han otorgado competencias a OSIPTEL para fijar y mucho menos modificar retribuciones de compartición sobre la base de *“únicamente (...) el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular”* (como señala el artículo 34 de la Ley N° 28295), sino que por el contrario, la misma Ley N° 29904 ha dejado delegado en el Reglamento la metodología para el cálculo de dicha retribución sobre la base de un factor “Na” cuyo valor -conforme lo hemos señalado a lo largo del procedimiento- no ha sido modificado y prevalece como número efectivo de arrendatarios, conforme han entendido tanto AZTECA como ENSA en el Convenio celebrado. Por tanto, OSIPTEL DEBE ABSTENERSE de dictar un mandato de compartición como aquél que sugiere el Informe, pues estaría cometiendo una clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del

artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia, con las consiguientes responsabilidades funcionales que se desarrollan en las leyes correspondientes.

d) Evidente contradicción en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en relación al factor "Na"

Además de lo ya expuesto, debemos hacer de conocimiento del OSIPTEL la evidente contradicción entre dos órganos del MTC, por un lado, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (DGRAIC); y, por el otro lado, el propio Viceministerio de Comunicaciones (VMC).

La DGRAIC es el órgano de línea de ámbito nacional que se encarga de proponer y evaluar las políticas y regulación del sector. Está a cargo, además, de la difusión de la Normativa y política sectorial. Dicha Dirección General, el 8 de setiembre de 2017, mediante Oficio N° 579-2017-MTC/26, (Anexo 1-A) en atención a la solicitud realizada por la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. (EGEMSA S.A.) para aclarar la utilización de la variable "Número de arrendatarios (Na)", aplicable a la Metodología establecida en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, señaló textualmente lo siguiente:

"... 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".

Incluso a modo de ejemplo establece:

"... si una determinada torre atiende a un único arrendatario, 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".

Sorprendentemente, el 2 de octubre de 2017, es decir, no habiendo transcurrido ni un mes, el Viceministerio de Comunicaciones, remite el Oficio N° 520-2017-MTC/03 (Anexo 1-B) a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, contradiciendo y variando completamente lo señalado por su Dirección General de línea, al establecer lo siguiente:

“... 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 independientemente del número de arrendatarios efectivos”.

Comprendemos que la DGRAIC es una dirección de línea dependiente del Viceministerio de Comunicaciones, no obstante, ambas instancias forman parte del Sector Transportes y Comunicaciones, con lo cual debería existir un criterio uniforme considerando más aún la importancia que comprende dicha definición. La clara contradicción entre ambos órganos del MTC respecto al factor “Na”, quiebra el principio de predictibilidad frente a todos los administrados, generándose indefectiblemente un estado de inseguridad jurídica.

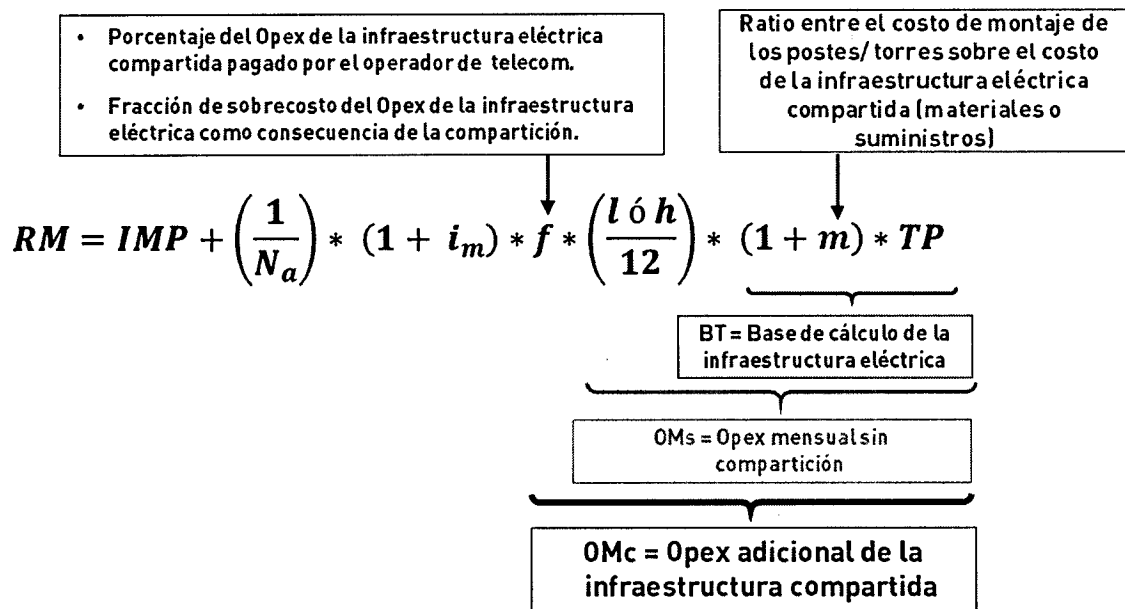
e) Aspectos económicos sobre la retribución por acceso y uso de la infraestructura eléctrica en el marco de la Ley N° 29904

Adicionalmente a los argumentos ya presentados, procedemos a remitir los aspectos económicos que deberán ser evaluados por OSIPTEL.

La Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) reconoce contraprestaciones periódicas para remunerar la operación y mantenimiento, así como un margen de utilidad razonable. El Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, estableció la fórmula de la contraprestación periódica que remunera los sobrecostos que los operadores de telecomunicaciones deben pagar a los operadores del sector eléctrico (ver Gráfico N° 1).

Según este Anexo, los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.

Gráfico N° 1: Contraprestación mensual por el uso de su infraestructura del servicio público de energía eléctrica



Fuente: Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (D.S. 014-2013-MT).

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
- Na: Número de arrendatarios.
- im: Margen de utilidad razonable o tasa de retorno mensualizada.
- l: Proporción de los costos de operación y mantenimiento de los postes / torres de baja tensión respecto al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR). Este se estimó en 7.2% para baja tensión.
- h: Proporción de los costos de operación y mantenimiento de los postes / torres de media y alta tensión respecto al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR). Este se estimó en 13.4% para media y alta tensión.
- TP: Costo de torres o postes regulados por el sector energía.

Como bien lo hemos expuesto a lo largo del presente procedimiento, el artículo 25 del Reglamento establece dos modalidades para materializar la compartición de la infraestructura: mediante un contrato de compartición, o mediante un mandato de compartición.

En este contexto, en 2015, varias empresas del sector eléctrico firmaron con AZTECA contratos de acceso y uso de infraestructura con los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, mediante los cuales se pactaron contraprestaciones mensuales por acceso y uso de dicha infraestructura, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento. El 5 de agosto del 2017 se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la 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 que se estableció en el Anexo 1 del Reglamento. Esta modificación de las variables “m” y “f” sólo aplicó para la infraestructura de media y alta tensión de las redes de transmisión y distribución, manteniéndose constantes o vigentes (m=77% y f=20%) para el nivel de baja tensión (ver Cuadro N° 1)

Cuadro N° 1: Valores f y m en el Reglamento DS 014-2013-MTC y su respectiva modificación en la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03

	Texto Original Anexo 1 del Reglamento D.S. 014-2013-MTC	Valores modificados Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03
f	20%	<ul style="list-style-type: none"> • 20% para Baja Tensión. • 18.3% para Media y Alta Tensión.
m	77% expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros	<ul style="list-style-type: none"> • 77% para Baja Tensión. • 84.3% para Media y Alta Tensión.

Fuente: MTC.

La presente controversia no se refiere a la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento o a la modificación de los parámetros “m” y “f” de dicha metodología, sino en la interpretación del parámetro “Na” propuesta por AZTECA y recogida por el Viceministerio de Comunicaciones (VMC) y por OSIPTEL en los proyectos de mandatos de participación.

La interpretación de AZTECA en el sentido de que el parámetro “Na” es igual a 3 debido a que un poste/torre de la red eléctrica puede soportar un máximo de 3 cables de fibra óptica, falla en reconocer la totalidad de los costos económicos relacionados a la operación y

mantenimiento de la infraestructura compartida, comprometiendo con ello su viabilidad financiera. Las tarifas y los cargos aprobados por la regulación deben ser consistentes con la cobertura y la sostenibilidad de los costos de inversión, operación y mantenimiento de la misma, incluyendo un retorno razonable.

El criterio según el cual el parámetro "Na" es igual a 3, en función del espacio máximo disponible para cables de fibra óptica en los postes y torres de las empresas eléctricas, resulta claramente cuestionable. Las principales razones por las cuales se cuestiona técnicamente la eventual decisión del OSIPTEL de dictar un mandato y modificar la retribución pactada se exponen a continuación:

- a) Establecer un nuevo valor al parámetro "Na" desconoce que en un incremento indivisible y discreto de la infraestructura de redes (utilizada para más de un servicio) existen economías de ámbito derivadas de los costos comunes (aprovechamiento de un mismo activo disponible: postes y torres) entre los servicios de redes eléctricas y el arrendamiento de espacios para la instalación de fibra óptica. Por lo tanto, el costo de operación y mantenimiento de la compartición tiene un alto componente fijo (como, por ejemplo: el personal administrativo, costos de monitoreo y supervisión de las redes, costos de seguros, etc.) que requiere ser financiado por los arrendatarios de la infraestructura compartida (operadores de telecomunicaciones). Así pues,
 - No se tiene en cuenta que el costo incremental medio tiene una tendencia decreciente.
 - El costo incremental correspondiente al bien j-ésimo en el caso de una firma multi-producto se determina a partir de la siguiente metodología (fórmula):

Las principales características del costo incremental desde una perspectiva económica son:

$$\begin{array}{ccc}
 \text{Costo incremental por} & CI_j = C(Y) - C(Y_{-j}) & \text{Costo de producir todos los} \\
 \text{producir el bien "j"} & \text{Costo total} & \text{bienes, excepto el bien "j"}
 \end{array}$$

- Indivisibilidad del costo incremental. Por lo tanto, no es aplicable el costo incremental individual sino más bien el costo incremental medio (CIM). Este CIM es decreciente cuando se tiene un monopolio natural como en las industrias de redes (transmisión y distribución).
- El costo incremental mide el impacto que tiene en los costos totales, un cambio discreto y no divisible en la capacidad de producción. Conceptualmente es incorrecto utilizar conceptos como "costo incremental individual" o similares.

Cuando existen costos fijos de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables, el costo incremental medio presentará una tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados. Por lo tanto, debe respetarse el principio de congruencia en la aplicación de la metodología de costos incrementales por inversión (Capex) y por costo de operación y mantenimiento (Opex) ya que en ambos existe un componente de costo fijo que no varía con el número de unidades producidas o atendidas.

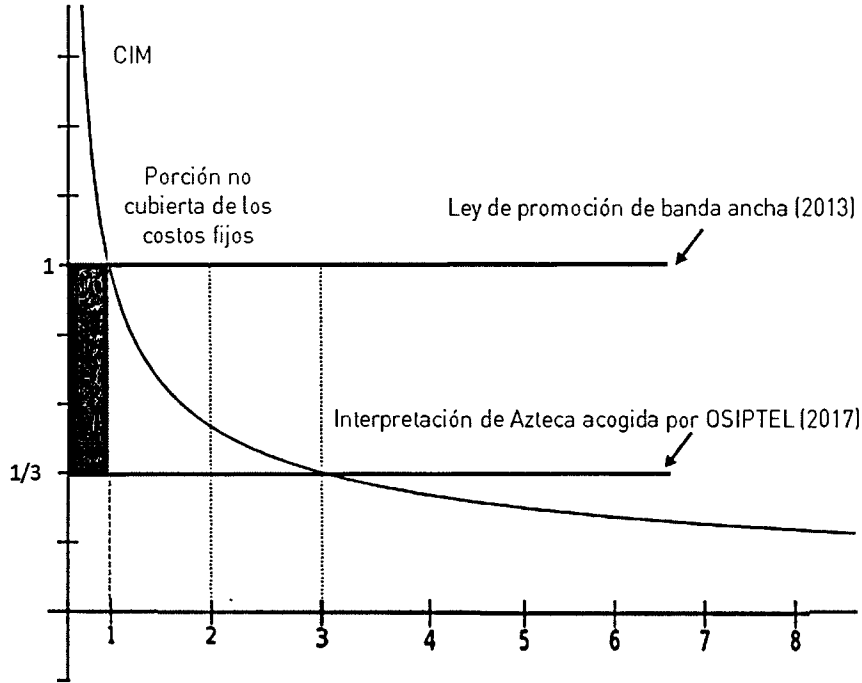
Esto se debe a que en la infraestructura de redes (utilizada para más de un servicio), además de costos incrementales medios decrecientes, existen economías de ámbito derivados de los costos comunes (aprovechamiento de un mismo activo disponible) entre los servicios de redes eléctricas y el arrendamiento de espacios para la instalación de fibra óptica.

- La interpretación del parámetro "Na" de AZTECA (acogida por OSIPTEL) desvincula la contraprestación mensual del criterio del costo incremental.

Cuando el Viceministerio de Comunicaciones y el OSIPTEL interpretan que el número de arrendatarios es similar al número de espacios en los postes/torres de las redes eléctricas, se debe tener en cuenta que el Opex de la infraestructura de redes eléctricas tiene un componente fijo que no depende del número de espacios.

Por lo tanto, si existe un solo arrendatario efectivo y éste sólo cubre su costo incremental individual (establecido por el OSIPTEL), los operadores eléctricos no cubrirían parte del componente de costo fijo del Opex incremental total (ver Gráfico N° 2).

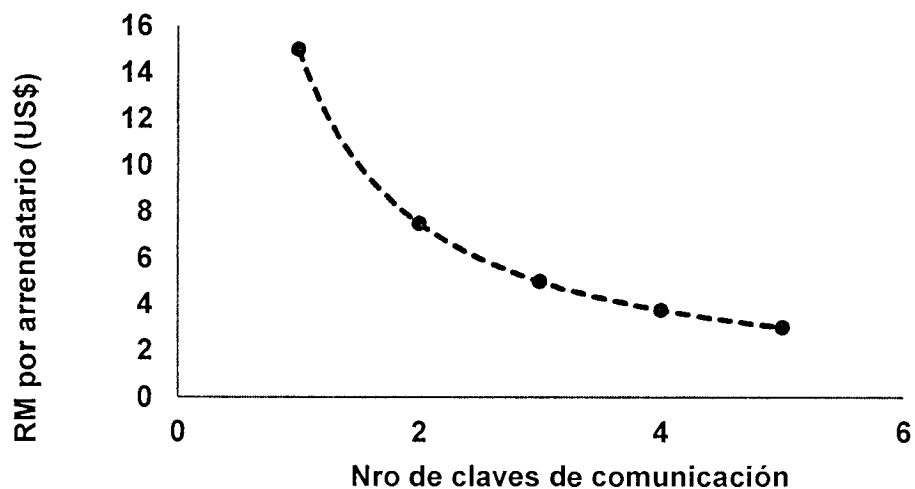
Gráfico N° 2: Contraprestación Mensual según Reglamento vs Interpretación de AZTECA



Fuente: Macroconsult.

El cálculo de OSIPTEL ignora que existen costos fijos de operación y mantenimiento. Por lo tanto, el costo incremental medio presenta una tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados debido a la presencia de economías de diversificación (ver Gráfico N° 3).

Gráfico N° 3: Costo incremental medio o RM por arrendatario según Macroconsult



Fuente: Macroconsult.

Además, se debe considerar que en la práctica existe un solo arrendatario que paga el costo de operación y mantenimiento de un cable de fibra óptica diseñado e implementado para la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO). Entonces, asumir que el único arrendatario (AZTECA) pague una parte proporcional (1/3) de costo incremental total, afecta la sostenibilidad financiera de servicio complementario de compartición de infraestructura eléctrica.

Lo anterior convierte a la eventual decisión de OSIPTEL en ilegal, por suponer una grave afectación al principio de proporcionalidad y, sobre todo, por atentar directamente contra la propiedad y libertad de empresa del concesionario de la infraestructura eléctrica, toda vez que no se le reconocen efectivamente los costos asumidos por brindar acceso y uso de sus redes a AZTECA. Esta afectación a derechos constitucionales de la empresa supone una causal de invalidez de la

decisión, conforme a lo señalado en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444.

- b) Asimismo, la decisión de fijar un nuevo valor para “Na” no considera el criterio de viabilidad económica relacionado a la demanda actual del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones. 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 (estimado por OSIPTEL en 3) en la red de transmisión y distribución de los concesionarios del servicio público de electricidad. Ello llevaría a un déficit de financiamiento de la infraestructura provista por el proveedor de energía eléctrica. Lo anterior nuevamente demuestra un distanciamiento entre la decisión del OSIPTEL y la *praxis*. Establecer un valor “Na” diferente a lo pactado por las partes.
- c) La modificación del “Na” planteada por OSIPTEL no considera el criterio de viabilidad financiera para que las empresas eléctricas puedan cubrir los costos de la compartición con la remuneración mensual de los operadores de telecomunicaciones debido a que las empresas eléctricas tendrán que asumir los costos incrementales de los espacios máximos disponibles sin tener la certeza que dichos espacios serán utilizados en el futuro por otros arrendatarios para completar el espacio máximo disponible.

Por lo tanto, señalar que el valor del parámetro “Na” es igual a 3, independientemente del número de arrendatarios efectivos, es **equivalente a una expropiación regulatoria** ya que incrementa el beneficio de las empresas de telecomunicaciones a expensas del mayor riesgo asumido por las empresas eléctricas (por ende, de un menor beneficio). Toda afectación a un derecho constitucional vicia de nulidad al acto administrativo emitido. En este caso, un eventual mandato dictado por OSIPTEL podría ser cuestionado por “enriquecer” a AZTECA a costa de la desmejora económica del concesionario de la infraestructura eléctrica.

- d) La modificación del parámetro “Na” de AZTECA no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la RDNFO debido a que AZTECA solo puede cobrar la tarifa fija estipulada en su contrato de concesión equivalente a US\$23 más IGV por megabit por segundo. Por lo tanto, al no ser esta tarifa un precio tope sino fijo, AZTECA se vería impedido de cobrar por debajo del mismo, dado que ello requeriría un mayor cofinanciamiento por parte del Estado.
- e) Las prácticas regulatorias en otros servicios de telecomunicaciones y otras industrias de redes reconocen la naturaleza de los costos fijos y que las contraprestaciones derivadas de aumentos incrementales de la inversión, operación y mantenimiento se basan en la demanda efectiva por el servicio (y no en la capacidad máxima de la oferta).
- f) La experiencia internacional, como en el caso de Colombia, reconoce que se deben considerar no solo el criterio técnico del espacio en la infraestructura, sino también un criterio socioeconómico. La regulación colombiana reconoce que su realidad socioeconómica imposibilita que se complete la capacidad del poste. Un estudio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) de Colombia estimó, a través de un análisis estadístico (CREG 071-2008), que el promedio ponderado de usuarios, distintos al servicio de energía eléctrica, que utilizan la red de postes es 1.65. Asimismo, señaló que la mayoría de torres en Colombia tiene un solo cable de guarda, que es lo que se utiliza para instalar un cable de fibra óptica.

En consecuencia, la remuneración mensual debería reconocer todo el costo incremental de la compartición de infraestructura que utilicen los arrendatarios efectivos (operadores de telecomunicaciones), porque los costos incrementales son más de naturaleza fija que variable.

g) Aspectos finales para consideración de OSIPTEL:

Insistimos y nos ratificamos en la necesidad de que se considere el factor $Na=1$ en aquellos casos en que la empresa AZTECA sea arrendataria de la infraestructura de ENSA pues ello está justificado en la inversión por operación y mantenimiento por el uso de la

infraestructura comprendida en el Contrato. Como se podrá apreciar en el CD adjunto al presente escrito (Anexo 1-C), deberá tomarse en cuenta los cálculos correctos de la RM.

De otro lado, debemos mencionar que el OSIPTEL debe verificar que los precios del SICODI contenidos en el Proyecto de Mandato, se encuentren actualizados de modo que no se contradiga el principio de poder obtener una retribución razonable contenida en la Ley N° 28295.

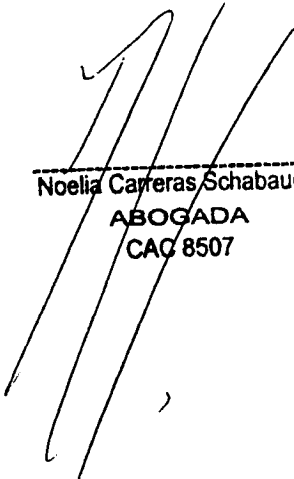
POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo del OSIPTEL, tener presentes todos los comentarios realizados a la propuesta de mandato de compartición y, en consecuencia, declarar que no corresponde la emisión del mismo.

OTROSÍ DECIMOS: Que adjuntamos en calidad de anexos los siguientes documentos:

- Anexo 1-A : Copia simple del Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017.
- Anexo 1-B : Copia simple del Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 2 de octubre de 2017.
- Anexo 1-C : CD que contiene el recalcu de la retribución mensual de ENSA.

Lima, 23 de mayo de 2018


Noelia Carreras Schabauer
ABOGADA
CAG 8507

ANEXO 1-A



"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 Dolorespata - Cusco

Presente.-

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

Ref. : Carta N° G-694-2017 (P/D N° E-233802-2017)

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual su representada solicita aclaración sobre la utilización de la variable "Número de arrendatarios (Na)" aplicable a la Metodología establecida por Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

Al respecto, la Ley N° 29904¹, entre otras disposiciones, otorga las facilidades para el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios eléctricos e hidrocarburos, a cambio de una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable; es así que, el Anexo 1² del Reglamento de la Ley N° 29904 establece la Metodología, en base a 4 variables, que determinan la contraprestación antes indicada, entre ellas el factor de distribución de costos (B), en el que se establece el número de arrendatarios (Na).

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,

MMQ/drg/ama

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

¹ Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica
² Modificado por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03; Resolución a la que hace referencia en el asunto.

ANEXO 1-B



Lima, 02 OCT. 2017

OFICIO N° 520-2017-MTC/03

Señor

CARLOS TEMBOURY MOLINA

Presidente del Comité Sectorial Eléctrico

SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA PETRÓLEO Y ENERGÍA

Jirón Francisco Graña 671, Urb. San Felipe, Magdalena del Mar

Presente.-

Asunto : RVM N° 768-2017-MTC/03, publicada el 05 de agosto de 2017 en el Diario Oficial El Peruano

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, en atención a la Ley N° 29904¹, la que entre otras disposiciones, otorga a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, las facilidades para el acceso y uso de la infraestructura de las empresas eléctricas y de hidrocarburos, a cambio de una contraprestación que incluye un margen de utilidad razonable.

Al respecto, es importante señalar que el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley 29904 aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC², establece que la metodología para la determinación de las contraprestaciones (por acceso y el uso de la infraestructura) es la que se desarrolla en el Anexo 1 del citado Reglamento, el mismo que ha sido actualizado mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03³, y dicha contraprestación será considerada como un precio máximo.

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

¹ Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

² Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la Infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

30.1 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos, será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.

30.2 La contraprestación inicial única considerará la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico o de hidrocarburos para prestar el acceso y uso a su infraestructura, y las contraprestaciones periódicas remuneraran la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido en margen de utilidad razonable.

30.3 La contraprestación inicial única y las contraprestaciones periódicas, serán asumidas por quien tenga el derecho a utilizar la infraestructura compartida respectiva.

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.

³ Publicado el 05 de Agosto de 2017, en el Diario Oficial El Peruano.





PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

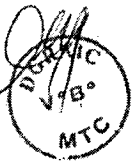
Viceministerio
de Comunicaciones

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

importante señalar que el valor del parámetro N_a es igual a 3⁴ independientemente del número de arrendatarios efectivos.

Sin otro particular quedamos de usted.

Atentamente,




.....
CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ
Viceministro de Comunicaciones

⁴ Reglamento de la Ley N° 28295, que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC

"Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público (...)

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar el servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular."

ANEXO 1-C