

A	:	SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
ASUNTO	:	SE RESUELVE RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A., CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, CON LA EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00001-2019-CD-GPRC/MC
FECHA	:	28 de noviembre de 2019

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	ESPECIALISTA DE INTERCONEXIÓN	MARIA OCHOA LA TORRE
REVISADO POR:	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD (E)	JORGE MORI MOJALOTT
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUISO CÓRDOVA

1. OBJETO

Sustentar el pronunciamiento que corresponde emitir al OSIPTEL para resolver el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), contra el Mandato de Compartición de infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, para el acceso de América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) a la infraestructura de soporte eléctrico de ENEL, para efectos de la implementación de los contratos de financiamiento suscritos por AMÉRICA MÓVIL con el Programa Nacional de Telecomunicaciones (PRONATEL), el cual administra el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL).

2. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta DMR/CE-M/N° 261/19 recibida el 06 de febrero de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó al OSIPTEL una solicitud para la emisión de un Mandato de Compartición de infraestructura con ENEL.
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de octubre de 2019, se aprobó el Mandato de Compartición entre las empresas AMÉRICA MÓVIL y ENEL, notificada a las partes mediante carta C.00506-GCC/2019 (recibida el 16 de octubre de 2019) y carta C.00507-GCC/2019 (recibida el 17 de octubre de 2019), respectivamente.
- 2.3 Mediante Escrito recibido el 11 de noviembre de 2019, ENEL presentó un Recurso de Reconsideración contra la resolución que aprobó el referido Mandato de Compartición. Dicho recurso fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL mediante comunicación del 12 de noviembre de 2019.
- 2.4 Mediante carta DMR/CE-M/N° 2583/19 recibida el 26 de noviembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó al OSIPTEL, sus comentarios que sustentan su posición respecto del Recurso de Reconsideración presentado por ENEL.

3. PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

ENEL solicita que se declare fundado el Recurso de Reconsideración presentado en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, manifestando las siguientes pretensiones:

- Solicita se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, por haber un acuerdo entre ambas partes y por transgredir los principios estipulados en el TUO de la LPAG.



- En caso no se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, solicita que se modifiquen las condiciones establecidas en el Mandato de Compartición de conformidad con los acuerdos arribados entre las partes.

ENEL señala también que las referidas pretensiones se fundamentan sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) ENEL señala que no corresponde la emisión de un Mandato de Compartición en el presente caso, debido a que el OSIPTEL no tiene competencia para tal fin, porque no se cumple el supuesto de falta de acuerdo entre las partes.
- b) ENEL advierte que existen razones económicas y técnicas que sustentan que el valor de la variable "Na" no es 3, y que ni la Resolución Viceministerial, ni el Mandato han establecido expresamente dicho valor en su parte decisoria, vulnerándose el Principio de Legalidad. ENEL señala también que no se consideran criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial, y que ello representa un perjuicio económico para dicha empresa. Dicha empresa señala que no se ha analizado el detalle de los costos, cargas y consecuencias de asignar como valor del "Na" = 3 en todos los supuestos. Asimismo, ENEL considera que obligarla a soportar a 3 arrendatarios podría representar potenciales incumplimiento en materia técnica y regulatoria, por lo que solicita que se modifique el valor de la variable "Na" = 1.
- c) ENEL sostiene que todos los aspectos referidos a la viabilidad y seguridad de la compartición ya fueron acordados por las partes, por lo que solicita que los referidos acuerdos sean recogidos en el Mandato de Compartición, y así evitar las renegociaciones que tendrían que llevarse a cabo en el Comité Técnico.
- d) ENEL refiere que el Mandato de Compartición ordena a ENEL a realizar el estudio de factibilidad, lo cual se contraponen a lo acordado por las partes respecto de quién debe asumir los costos del estudio de factibilidad. Por ello, solicita que se reconozca el Estudio de Factibilidad aprobado y acordado entre ambas empresas.
- e) ENEL manifiesta que no han sido consideradas las modificatorias solicitadas por dicha empresa y que no está de acuerdo en que los referidos temas deban discutirse nuevamente en el marco del Comité Técnico. Por tal motivo, ENEL solicita la inclusión en el Mandato de Compartición, de las condiciones que de buena fe han sido pactadas y acordadas de manera expresa con AMÉRICA MÓVIL, referidas: (i) al plazo para la elaboración del estudio de factibilidad, (ii) el alcance del acceso y uso de la infraestructura eléctrica, (iii) la retribución de los costos del estudio de factibilidad, (iv) el plazo del mandato, (v) las condiciones



de acceso a la infraestructura eléctrica, (vi) la seguridad de las instalaciones, y (vii) la facultad de supervisión de ENEL.

De otro lado, en los comentarios de AMÉRICA MÓVIL que sustentan su posición respecto del Recurso de Reconsideración, dicha empresa se reafirma en que, al no haber consenso sobre el valor de la variable "Na" (Número de Arrendatarios), no será posible contar con la aprobación del PRONATEL respecto del proyecto de contrato remitido, siendo legal y materialmente imposible la suscripción de un acuerdo definitivo entre dicha empresa y ENEL, para la acceso y uso de Infraestructura eléctrica de esta última.

4. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR ENEL

ENEL presentó su Recurso de Reconsideración respecto de la resolución que aprobó el Mandato de Compartición entre dicha empresa y AMÉRICA MÓVIL, dentro del plazo máximo establecido de quince (15) días hábiles, contado desde el día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL.

De esta manera, es procedente brindar al Recurso de Reconsideración presentado por ENEL, el trámite respectivo y el análisis de sus argumentos, sin perjuicio de que el Mandato emitido por el OSIPTEL se haya efectuado en ejercicio de su función normativa, en aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTEL¹, y el tratamiento que este Organismo Regulador ha brindado a los recursos que han interpuesto los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban Mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

De otro lado, se debe precisar que el plazo para que el OSIPTEL emita su pronunciamiento respecto al Recurso de Reconsideración es de treinta (30) días hábiles de presentado dicho recurso, según lo establecido en el artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, LPAG).

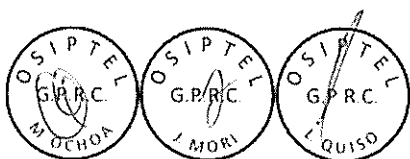
5. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PRESENTADO POR ENEL

A continuación, se responden los cuestionamientos de ENEL con las que fundamenta las pretensiones de su Recurso de Reconsideración:

¹ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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].



5.1. El OSIPTEL quedó expresamente facultado para emitir el Mandato de Compartición porque no existe un contrato suscrito entre las partes

Tal como se señaló en el Informe N° 00128-GPRC/2019 que sustentó la aprobación del Mandato de Compartición, considerando los documentos presentados por AMÉRICA MÓVIL como parte de su solicitud de Mandato, desde la fecha en la que dicha empresa solicitó a ENEL el acceso y uso de su infraestructura eléctrica en la Región Lima, hasta la fecha en la que el Mandato de Compartición fue solicitado al OSIPTEL, transcurrieron más de los treinta (30) días hábiles con los que las partes contaban para negociar un contrato de compartición de infraestructura; por lo que se concluyó que el análisis y posterior pronunciamiento por parte de OSIPTEL, respecto de la solicitud de Mandato indicada, son PROCEDENTES. Lo indicado, habilitó al OSIPTEL a emitir el Proyecto de Mandato aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00095-2019-CD/OSIPTEL notificado a las partes para comentarios, y la aprobación del Mandato de Compartición aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL.

Al respecto, se debe mencionar que como parte del procedimiento de emisión de Mandato, en repetidas oportunidades ENEL aludió la existencia de un supuesto acuerdo con AMÉRICA MÓVIL, solicitando se dé por concluido el referido procedimiento. No obstante, en respuesta a lo señalado por ENEL, la empresa AMÉRICA MÓVIL se reafirmó en varias oportunidades, en su solicitud de emisión de Mandato señalando que no existía ningún contrato suscrito entre las partes.

En efecto, hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición aprobado², ni a la fecha del presente informe, el OSIPTEL no había recibido ningún Contrato de Compartición que haya sido suscrito entre AMÉRICA MÓVIL y ENEL, como evidencia de la existencia de algún acuerdo vigente para el arrendamiento de la infraestructura de soporte eléctrico de ENEL por parte de AMÉRICA MÓVIL. Como se sabe, el artículo 62 del Reglamento de la Ley N° 29904, numeral 8³, señala que las empresas cuentan con un plazo máximo de cinco (5) días hábiles para remitir sus Contratos de Compartición suscritos, estando el incumplimiento de dicha disposición tipificado como infracción sancionable.

De otro lado, el supuesto acuerdo a que hace referencia ENEL en realidad constituye un proyecto de contrato no suscrito por las partes⁴, remitida al PRONATEL en virtud de

² La Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL que aprueba el Mandato de Compartición fue emitida el 10 de octubre de 2019, y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de octubre de 2019.

³ El referido numeral señala que: "Los Operadores de Telecomunicaciones que hayan suscrito un contrato de acceso y uso de infraestructura y no lo hayan remitido o lo remitan al OSIPTEL fuera del plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la firma del contrato, incurrirán en infracción Leve (numeral 25.2)".

⁴ Dicho Proyecto de Contrato fue puesto en conocimiento del OSIPTEL mediante carta DMR/CE/N° 2063/19 recibida el 26 de setiembre de 2019, a través de su Anexo N° 1, en el que adjunta copia simple



lo dispuesto por el numeral 7.36 de la Cláusula Séptima del Contrato de Financiamiento del Proyecto de "Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Lima", suscrito entre AMÉRICA MÓVIL y el FITEL (en adelante, Contrato de Financiamiento); no obstante, el referido proyecto de contrato suscrito entre AMÉRICA MÓVIL y ENEL fue observado por el PRONATEL, por lo que el mismo no llegó a suscribirse formalmente hasta la fecha.

Entre las observaciones realizadas por el PRONATEL, se encuentra aquella que observa el valor que debe considerarse para la variable "Na" para efectos del cálculo de la contraprestación mensual, la cual no pudo ser levantada por las partes, ya que como consecuencia de la referida observación, se produjo una nueva discrepancia entre AMÉRICA MÓVIL y ENEL, debido a que ENEL consideraba que dicha variable debía tomar el valor de uno (1), mientras que AMÉRICA MÓVIL manifestó estar de acuerdo con levantar la observación planteada por PRONATEL, respecto de considerar un valor de tres (3) para la referida variable. Es decir, hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición persistía la discrepancia entre las partes respecto del valor que debía tomar la variable "Na", lo cual resultaba determinante para el cálculo de la contraprestación mensual por el uso y acceso a la infraestructura eléctrica de ENEL.

Cabe hacer mención que los artículos 58 y 61 de la Constitución, señalan que el Estado Peruano debe promover la masificación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en condiciones de competencia. 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".

De esta manera, la Ley N° 29904 establece límites a la autonomía privada de las partes de las relaciones de compartición de infraestructura eléctrica, y atribuye competencia al OSIPTEL para intervenir en dichas relaciones, facultando a este organismo a dictar las disposiciones específicas para asegurar que el acceso y el uso de la infraestructura de ENEL por parte de AMÉRICA MÓVIL, se realice a cambio de una contraprestación establecida en concordancia con la metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y su modificatoria aprobada por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03⁵.

En consecuencia, en el ejercicio de las competencias y funciones conferidas por la referida Ley y su Reglamento, el OSIPTEL debe salvaguardar la legalidad del valor de la contraprestación mensual que debe calcularse y establecerse a través del Mandato de Compartición, así como las condiciones económicas para la aplicación del mismo,

de la carta DMR/CE-M/N° 716-19 de AMÉRICA MÓVIL, conteniendo una copia del proyecto de contrato arribado entre ambas partes.

⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de agosto de 2017.



por lo que debe desestimarse el argumento de existencia de acuerdo entre las partes señalado por ENEL en su Recurso de Reconsideración.

5.2. El valor que le corresponde a la variable “Na”

Respecto de lo señalado por ENEL, sobre las razones económicas y técnicas que sustentan que el valor de la variable “Na” es 1, se debe reiterar que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, a través de su exposición de motivos, permite evidenciar que para efectos de la determinación del valor del parámetro “f” para media y alta tensión (equivalente a 18,3%), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) ha dimensionado el costo de compartición internalizando en el referido parámetro “f”, el costo de soportar como máximo hasta tres (3) cables de comunicación en las estructuras de soporte eléctrico (postes y/o torres).

En efecto, en la referida exposición de motivos se señala expresamente que el MTC estimó el costo incremental por la instalación de cada cable de comunicación en la línea eléctrica, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento en un escenario sin compartición. Para ello, el MTC estimó el costo adicional de operación y mantenimiento que representa para el operador eléctrico, soportar el peso extra de un cable de comunicación sobre dicha línea eléctrica. Dicho factor unitario de 6,1% (que permite determinar el costo que corresponde al peso adicional de cada cable de comunicación sobre la línea eléctrica) fue multiplicado por tres (3), a razón de considerar el costo de tres (3) cables de comunicación como máximo, lo que determinó el valor actual del parámetro “f” en 18,3%.

En efecto, estando dimensionado el costo incremental total de compartición para soportar el peso de hasta tres (3) cables de comunicación, y siendo que, según señala ENEL, las estructuras de dicha empresa podrían dar acceso a un número menor de cables de comunicación, por ejemplo un arrendatario que instala un cable de comunicación, sería incorrecto que este único arrendatario asumiese el costo total de adicionar el peso de tres (3) cables de comunicación sobre la infraestructura eléctrica de ENEL, cuando en la práctica sólo adiciona el peso de un (1) sólo cable de comunicación. Así, el OSIPTEL, al momento de determinar el valor que corresponde a la variable “Na” para efectos del presente procedimiento, y en consistencia con la metodología del MTC para la estimación del parámetro “f”, consideró el referido dimensionamiento realizado de tres (3) cables de comunicación. En consecuencia, el OSIPTEL adopta un pronunciamiento que resulta coherente con lo establecido en la normativa emitida por el MTC, a través de su Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03⁶, cuyos fundamentos se detallan en su exposición de motivos.

⁶ A través de dicha resolución se 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”, establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.



De esta manera, es oportuno reiterar que el OSIPTEL debe asegurarse que la aplicación que haga de la referida metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que para la emisión del Mandato de Compartición reconsiderado, se ha analizado inclusive las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la referida Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, así como, sus respectivos proyectos publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03.

Al respecto, se debe precisar que las referidas propuestas normativas publicadas, sólo difieren en el dimensionamiento en cuanto a la cantidad de cables de comunicación que se considera en el costo total de compartición, para los que se estima el valor del parámetro "f". Así, para efectos de los proyectos normativos que precedieron a la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, el MTC consideró la misma línea metodológica para determinar el valor del parámetro "f", que la utilizada para efectos de la aprobación del cambio normativo a través de la referida resolución, sólo difiriendo en el referido dimensionamiento. Lo señalado se muestra en el siguiente esquema:

DIMENSIONAMIENTO DE CABLES DE COMUNICACIÓN INTERNALIZADO EN EL PARÁMETRO "f"

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN PARA COMENTARIOS DIMENSIONAMIENTO = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA DIMENSIONAMIENTO = 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 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
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 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado del ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

Como se observa en el 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 (1) 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 (1) cable de comunicación. Sin embargo, a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 fijó el parámetro "f" = 18,3%, a través de la misma fórmula (el ratio entre el peso promedio por cable de fibra óptica y el peso promedio por línea de transmisión), considerando como una única variación referida al dimensionamiento del número de cables de comunicación a ser internalizado en el costo total de compartición, reflejado en el parámetro "f", pero manteniendo intacto los criterios metodológicos considerados en los dos proyectos previos.

Asimismo, la propia autoridad que aprobó la referida Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017 emitido por el Viceministerio de Comunicaciones a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, se pronuncia indicando lo siguiente respecto del valor que debe tomar el "Na":

"(...)

Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrán dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Numero 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.

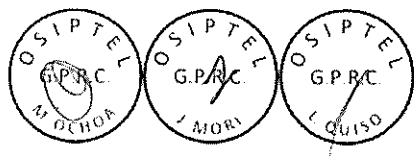
(...)"[El subrayado es agregado].

Adicionalmente, mediante Oficio N° 1290-2019-MTC/24 de fecha 23 de agosto de 2019 (que adjuntó el Informe N° 660-2019-MTC/24-DSP)⁷, el PRONATEL (programa que forma parte del MTC), remitió a AMÉRICA MÓVIL las observaciones formuladas respecto del Proyecto de Contrato remitido para aprobación, como parte de las obligaciones señaladas en su Contrato de Financiamiento referido anteriormente. Como parte de dichas observaciones contenidas en el referido Informe N° 660-2019-MTC/24-DSP, la referida instancia del MTC señaló lo siguiente:

"(...)

Por tanto, de lo establecido en la Resolución Viceministerial que modificó 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", el número de arrendatarios a considerar en el cálculo de la RM es de tres (3), siendo que ello se desprende de los criterios de espacio y peso antes referidos y dado que un poste de energía puede soportar hasta tres (3) cables de fibra óptica. En ese sentido, se concluye que la variable "número de arrendatarios (Na)" establecida en el contrato materia de análisis, no se ajusta a la metodología del Anexo N° 01 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado mediante Decreto

⁷ Oficio remitido al OSIPTTEL por ENEL mediante su Escrito 3 recibido el 10 de setiembre de 2019.



Supremo N° 014-2013-MTC y sus modificatorias, por lo que se recomienda que la empresa adecue el cálculo realizado conforme a lo expuesto en el presente informe.

(...)" [El subrayado es agregado].

Como se observa, el referido informe emitido por el PRONATEL corrobora que el valor considerado para la variable "Na" (Numero de Arrendatarios) no se ajusta a lo establecido en la metodología del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, debido a que las partes consideraron para el cálculo de la contraprestación mensual un valor de uno (1) para la variable "Na".

De otro lado, sobre lo señalado por ENEL de que ni la Resolución Viceministerial, ni el Mandato de Compartición han establecido expresamente un "Na" = 3 en su parte decisoria, vulnerándose el Principio de Legalidad, se debe señalar que el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece los valores definidos para los parámetros "m", "l", "h" y "f", señalando que estos pueden ser modificados mediante resolución viceministerial emitida por el Viceministro de Comunicaciones. Asimismo, el referido reglamento no establece ninguna disposición respecto del valor de la variable "Na", limitándose en señalar que dicho componente de la fórmula corresponde al "Número de arrendatarios".

De hecho, el referido Anexo N° 1 no tiene definidos valores para ninguna de sus variables ("i_m", "Na", "TP" e "Imp") por la naturaleza de las mismas, ya que estas pueden variar según las condiciones del contexto en el que se apliquen. En consecuencia, para efectos de calcular la contraprestación mensual a ser establecida en cada Mandato de Compartición que este organismo emite, resulta necesaria la determinación, por parte del OSIPTEL, del valor que correspondería a cada una de las variables consideradas en la fórmula, entre ellas, el valor de la variable "Na".

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, se debe señalar que el análisis y fundamentación de la determinación del valor que se asigna a la variable "Na", no sólo se encuentra contenido en el informe que sustenta el Mandato objeto de reconsideración, sino también en el numeral 4.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición (Anexo I del Informe N° 000128-GPRC/2019), con el siguiente tenor:

"4.4 Para efectos de lo señalado en el inciso (ii) del numeral 4.3 y en el numeral 4.6, respecto del cálculo de la contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura, se deben de considerar las siguientes reglas:

(...)

(iv) La variable "Número de arrendatarios" (Na) será equivalente a tres (3) arrendatarios, en consistencia con lo señalado en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, su Exposición de Motivos y su informe sustentatorio.

(...)" [El subrayado es agregado].



Asimismo, el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL que aprueba el Mandato de Compartición señala lo siguiente:

“Artículo 1.- Aprobar el Mandato de Compartición de infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00001-2019-CD-GPRC/MC, entre América Móvil Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; contenido en los Anexos I, II y III del Informe N° 00128-GPRC/2019.” [El subrayado es agregado].

En consecuencia, se desvirtúan los argumentos señalados por ENEL sobre que ni la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (que no establece valores para ninguna de las variables de la fórmula), ni el Mandato de Compartición han establecido en su parte decisoria, expresamente un “Na” = 3.

Adicionalmente, en otros pronunciamientos anteriores⁸, el OSIPTEL ha señalado que la contraprestación mensual que establece es directamente atribuible a la instalación de un (1) cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, y que su valor está orientado al costo incremental en el que incurre el operador eléctrico en sus costos de operación y mantenimiento a consecuencia del peso extra causado por la instalación de dicho cable de comunicación.

Cabe señalar, que entre dichos pronunciamientos está el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 00063-2018-CD/OSIPTEL, la cual aprobó el Mandato de Compartición⁹ entre ENEL y la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA)¹⁰. A través de dicho Mandato se establecieron los valores de contraprestación mensual que corresponde aplicar en el marco de dicha relación de compartición, considerándose en ese momento el valor de tres (3) para la variable “Na”, contraprestación que se encuentra plenamente vigente, por lo que el referido criterio para el cálculo de la contraprestación mensual es de conocimiento de ENEL. De este modo, resultaría discriminatorio de que para un mismo tipo de infraestructura, ENEL aplique valores distintos de contraprestación mensual, entre AMÉRICA MÓVIL y AZTECA (en una relación de 3 a 1, respectivamente).

⁸ Se pueden citar, entre otros, los siguientes pronunciamientos: (i) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Sur Este S.A.A., aprobado por Resolución N° 143-2018-CD/OSIPTEL, (ii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electronoroeste S.A., aprobado por Resolución N° 153-2018-CD/OSIPTEL, (iii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. e Hidrandina S.A., aprobado por Resolución N° 154-2018-CD/OSIPTEL, (iv) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electronorte S.A., aprobado por Resolución N° 155-2018-CD/OSIPTEL y (v) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electrocentro S.A., aprobado por Resolución N° 156-2018-CD/OSIPTEL.

⁹ Dicho Mandato de Compartición involucra a estructuras de soporte eléctrico arrendadas a AZTECA, instaladas en diversos distritos del departamento de Lima y de la provincia constitucional del Callao.

¹⁰ Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00128-2018-CD/OSIPTEL se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por ENEL respecto del Mandato emitido.



Asimismo, el "*Principio de Legalidad*"¹¹ el cual se encuentra definido en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, refiere 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 les fueron conferidas. A este respecto, y considerando los argumentos señalados en el presente informe, el pronunciamiento del OSIPTEL a través del Mandato emitido, es concordante con el referido principio y se ajusta a la normatividad aplicable.

Por otro lado, respecto de lo señalado por ENEL, de que no se consideran criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial, y que ello representa un perjuicio económico para dicha empresa, se debe señalar que para efectos del presente Mandato no se requiere determinar el número de arrendatarios actuales o potenciales a los que puede dar acceso ENEL, debido a que lo que se ha determinado como parte del Mandato es el valor de contraprestación mensual por cada cable de comunicación que soporta la estructura de soporte eléctrico.

Por otra parte, sobre lo señalado por ENEL, de que no se ha analizado el detalle de los costos, cargas y consecuencias de asignar como valor del "Na" = 3 en todos los supuestos, se debe señalar que, según la metodología aprobada por el MTC, los costos incrementales variables atribuibles a cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura por el peso que incrementa sobre la línea eléctrica, reflejado en el valor del 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, porque no hay peso extra sobre la línea eléctrica. De este modo, no existe, por defecto, un OPEX incremental total que deben distribuirse entre los que accederían a la infraestructura en un momento determinado, sino, costos incrementales constantes que se van generando por cada arrendatario que instala un cable de comunicación en el poste o torre.

En efecto, el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 (informe sustentatorio de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03) hace referencia a los costos incrementales fijos, y cómo dichos costos son recuperados por el operador 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,*

¹¹ "*Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*"



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 subrayado es agregado].

Como se aprecia, el informe citado aclara que el parámetro "h", que al igual que el parámetro "f", forma parte de la fórmula que estima la contraprestación mensual a ser pagada por el arrendatario por la instalación de un cable de comunicación, 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 divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura que instalan un (1) cable de comunicación.

Dicho OPEX incremental dividido entre esos tres (03) arrendatarios, nos da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuántos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuántos arrendatarios estén en un momento determinado, accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, según señala el MTC, el operador eléctrico recupera sus costos incrementales fijos a través de la aplicación de la fórmula, con el parámetro "h", para el caso de estructuras de media y alta tensión. La referida aclaración también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

Es importante indicar, que de tener ENEL alguna discrepancia respecto de la metodología aprobada por el MTC para el cálculo de la contraprestación mensual, desarrollada en los informes sustentatorios de las resoluciones emitidas por dicha entidad, ENEL tiene expedita las instancias correspondientes para hacer llegar sus comentarios u objeciones a dicha entidad, en cualquier momento.

De esta manera, la retribución mensual unitaria establecida a través del Mandato de Compartición, es calculada considerando la instalación de un (1) cable de comunicación en las estructuras de ENEL. La cantidad de cables que finalmente puedan ser instalados en las referidas estructuras de ENEL dependerá del estado de cada estructura de



soporte eléctrico en particular. En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas, no forma parte del procedimiento de emisión del Mandato, el analizar el detalle de los costos, cargas y consecuencias de asignar como valor del "Na" = 3 en todos los supuestos, sino aplicar la metodología aprobada por el MTC.

En consecuencia, en aplicación de la metodología aprobada por el MTC, 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 eléctricas. 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.

De otro lado, respecto de lo señalado por ENEL, de que obligarla a soportar a 3 arrendatarios podría representar potenciales incumplimientos en materia técnica y regulatoria, debe quedar claro, que el hecho de definir un valor de tres (3) para la variable "Na" no significa que dicho valor esté relacionado con la capacidad efectiva de cada una de las estructuras de ENEL, ya que dicho valor de tres (3) es sólo para efectos del cálculo de la contraprestación mensual, y no para imponer una determinada cantidad de cables de comunicación que deban ser instalados en las estructuras de ENEL.

En efecto, el OSIPTEL no ha establecido como parte del Mandato, ninguna disposición respecto de la cantidad de arrendatarios que puede efectivamente dar acceso ENEL en cada una de sus estructuras de soporte eléctrico, dado que, como se señaló anteriormente, como parte del presente pronunciamiento no se requiere determinar la cantidad de arrendatarios a los que técnicamente puede dar acceso dicha empresa. Ello, debido a que el OSIPTEL determina el valor de la retribución mensual por arrendatario, el cual asciende al costo económico incremental de provisión a dicho arrendatario por la instalación de un (01) cable de comunicación.

Cabe también precisar, que el referido costo económico incluye la retribución al capital a través del componente "i_m". Así, si ENEL en un futuro modificara su infraestructura y le fuera factible soportar a más cables de comunicación en su línea eléctrica, de los que le es posible soportar actualmente, la retribución mensual unitaria por arrendatario sería la misma, mientras que la retribución mensual total se incrementaría de manera proporcional.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas en el presente acápite, los argumentos señalados por ENEL referidos al valor que debe tomar la variable "Na" para efectos del presente caso, deben ser desestimados.



5.3. Sobre la viabilidad del Proyecto y las medidas de seguridad de las instalaciones eléctricas y del personal que ya fueron acordados por las partes

Los documentos procedimentales y operativos que ENEL señala que fueron acordados por las partes, denominados "*Guía de seguridad para la instalación de cables y equipos de comunicación en postes compartidos de propiedad de ENEL Distribución Perú*" y el "*Instructivo Operativo*", y que ENEL como parte de su Recurso de Reconsideración solicita sean incorporados en el Mandato de Compartición, no fueron considerados por tratarse de documentación técnica específica a la relación de compartición de ENEL y AMÉRICA MÓVIL.

Asimismo, cabe mencionar que en su oportunidad, respecto de este asunto AMÉRICA MÓVIL manifestó que los referidos acuerdos no deberán ser oponibles a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que soliciten compartición de infraestructura, dado que dichos acuerdo son documentos privados y voluntarios, por lo que solicitan que no deban formar parte del Mandato a ser aprobado.

Al respecto, el OSIPTEL se reafirma en que los referidos documentos técnicos pueden ser incorporados como parte de la implementación del Mandato, en el marco del Comité Técnico al que se hace referencia en el numeral 18 del Anexo I del Mandato de Compartición, el cual estará encargado de estudiar, analizar, programar y acordar respecto de asuntos operacionales, técnicos y económicos involucrados en la ejecución del Mandato a ser aprobado.

En esta línea, es preciso mencionar que como parte de la implementación del Mandato de Compartición aprobado, ENEL informó al OSIPTEL¹² la conformación del Comité Técnico para el Proyecto "*Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Lima*". Asimismo, remitió a este organismo¹³ el Reglamento del Comité Técnico acordado entre ambas empresas, en el que se señalan las obligaciones acordadas para sus miembros, entre las que se consideran las siguientes:

"(...)

- Adoptar nuevos acuerdos que modifiquen, amplíen o en general tengan efectos sobre el objeto de EL MANDATO, los cuales serán ratificados por los correspondientes apoderados de ambas partes.

(...)

¹² Mediante comunicación del 19 de noviembre de 2019.

¹³ Mediante carta de ENEL recibida el 25 de noviembre de 2019.



- Establecer los procedimientos para casos de emergencia donde se necesite coordinar el acceso a la infraestructura eléctrica de ENEL y a la infraestructura de telecomunicaciones de CLARO.
- Emitir pronunciamientos en el caso de existir algún supuesto debidamente acreditado de responsabilidad por daños.

(...)"

Como se observa, las partes vienen implementando el Mandato de Compartición sin ningún impedimento para adoptar nuevos acuerdos que modifiquen, amplíen o en general tengan efectos sobre el objeto del mismo.

Finalmente, se debe aclarar que el Mandato de Compartición aprobado y la normativa aplicable, consideran las disposiciones necesarias para salvaguardar la seguridad de las instalaciones eléctricas en el marco de la compartición de la infraestructura eléctrica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

5.4. Respeto de quien asume los costos de realizar un estudio de factibilidad

Sobre este aspecto, ENEL confunde lo señalado en el Mandato de Compartición respecto de quien debe asumir los costos de realizar un estudio de factibilidad. Al respecto, se debe reiterar que el numeral 3 (*Alcance del Acceso y Uso de la Infraestructura Eléctrica*) de las condiciones generales de dicho Mandato de Compartición se establece que:

"(...)

3.2 *Si para realizar el tendido del Cable de Comunicación por parte de AMÉRICA MÓVIL sobre la infraestructura del servicio de energía eléctrica de ENEL, y por la ubicación del cable en el poste y/o torre y como conclusión de un estudio que lo justifique, implicara la ejecución de trabajos de refuerzos en los postes y/o torres con la finalidad de soportar los pesos adicionales del Cable de Comunicación; ENEL estará a cargo de realizar las adecuaciones respectivas. La contraprestación única por la referida adecuación será asumida por AMÉRICA MÓVIL de acuerdo con lo establecido en el presente Mandato.*

3.3 *AMÉRICA MÓVIL presentará a ENEL las Rutas requeridas y le solicitará información técnica de la infraestructura eléctrica contenida en cada Ruta, para preparar los Estudios e Ingeniería de Detalle señalados en el Anexo III.2 y III.3, a fin de poder entregar el Expediente Técnico de la(s) Ruta(s) requeridas. ENEL entregará la información disponible de las(s) Ruta(s), en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, desde la solicitud respectiva. AMÉRICA MÓVIL, de considerarlo necesario, realizará el reconocimiento*



en campo de la infraestructura del servicio de energía eléctrica de la(s) Ruta(s) que requiere.

(...)” [El subrayado es agregado].

Es decir, AMÉRICA MÓVIL deberá preparar los Estudios e Ingeniería de Detalle señalados en los anexos técnicos del Mandato, a fin de poder entregar el Expediente Técnico de la(s) Ruta(s) requeridas. Adicionalmente, en el numeral 4 de las referidas condiciones generales se establece que:

“(…)

4.2 *La ejecución de la contraprestación única por el acceso y uso de infraestructura deberá seguir los siguientes pasos:*

- (i) *Cuando ENEL comunique a AMÉRICA MÓVIL su aceptación a una solicitud de Ruta presentada por ella, conforme los numerales 3.5 o 3.7 del presente Anexo, deberá incluir en dicha comunicación su propuesta económica respecto de la contraprestación única por el acceso y uso de su infraestructura, la cual deberá contener el detalle técnico del reforzamiento estrictamente necesario de los postes y/o torres específicos que así lo requieran y el costo de cada uno de dichos reforzamientos. Dicha propuesta económica incluirá, de existir, el costo de los estudios relacionados al reforzamiento de los postes y/o torres. La propuesta económica deberá contener el suficiente detalle que le permita a AMÉRICA MÓVIL tener certeza y claridad indubitable respecto de los conceptos y montos a ser retribuidos.*

(…)” [El subrayado es agregado].

Como se observa, la propuesta económica que ENEL remita a AMÉRICA MÓVIL, respecto de la contraprestación única por el acceso y uso de su infraestructura, incluirá, de existir, el costo de los estudios relacionados al reforzamiento de los postes y/o torres.

5.5. Sobre las modificaciones solicitadas por ENEL a las condiciones generales del Mandato, basadas en el acuerdo con AMÉRICA MÓVIL

Las modificaciones solicitadas por ENEL a las condiciones generales del Mandato de Compartición, basadas en el acuerdo con AMÉRICA MÓVIL, son sólo vinculantes entre las partes y pueden ser incorporadas de manera consensuada a los procedimientos que implementen las partes, a través del Comité Técnico ya conformado. Asimismo, no es preciso afirmar que se duplican los costos de transacción tal como lo señala ENEL, debido a que si son acuerdos alcanzados de común acuerdo por las partes, no habría mayor inconveniente en implementar tales acuerdos.




De otro lado, siempre está abierta la posibilidad de que las partes soliciten un Mandato Complementario, en caso exista a futuro alguna discrepancia que afecte la implementación del Mandato de Compartición emitido, si es que esta no ha sido contemplada en las Condiciones Generales del referido Mandato.

6. RECOMENDACIÓN

Realizada la evaluación del Recurso de Reconsideración presentado por ENEL, se recomienda declarar dicho recurso INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de infraestructura aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0137-2019-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos la citada resolución.

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

