
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 200

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON LA EMPRESA ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00006-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	28 DE FEBRERO DE 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis Salazar
	Asistente de Seguimiento de Mercados	Henry Cisneros Monasterio
	Apoyo Profesional en Temas Normativos	Hayine Gusukuma Lozano
REVISADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Romero Alcalde
	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini Antón
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso Córdova

	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 200

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) que modifique las condiciones económicas del contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica suscrito entre ambas partes el 9 de noviembre de 2015.


2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3° de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha)¹, declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia, estableciéndose mediante su artículo 8°, que la entidad encargada de conducir el proceso de concesión será la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC² se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en el que se establecen los principios, reglas y disposiciones complementarias para la aplicación de la referida Ley.
- 2.2 El artículo 13° de la Ley de Banda Ancha, establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.
- 2.3 El Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL el 09 de noviembre de 2015.
- 2.4 Mediante carta DJ-1258/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica de fecha 9 de noviembre de 2015" (en adelante, el Contrato), al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

¹ Vigente desde julio del año 2012.


² Emitido en noviembre del año 2013.



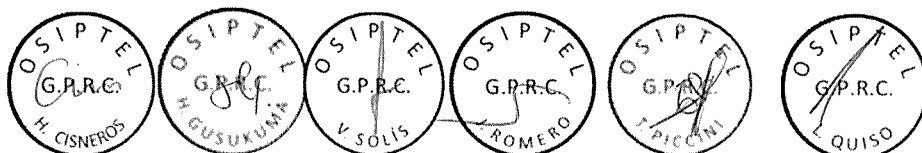
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 3 de 200
	INFORME	


- 2.5 Mediante carta DJ-1293/17 recibida el 29 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ reiteró su solicitud formulada en la carta DJ-1258/17 e indicó que, en tanto la adecuación solicitada corresponde por el período agosto-2017 en adelante, devolvía la factura F411-00001397 por cuanto lo facturado no respetaba el precio máximo legal aplicable.
- 2.6 Mediante carta SGGCI/SNGC/1396881/2017 recibida el 12 de setiembre de 2017, ENEL comunicó a AZTECA que de acuerdo al Contrato las nuevas disposiciones legales serán de aplicación al término del tercer año del propio Contrato, por lo que envió nuevamente la factura F411-00001397; sin perjuicio de lo cual, indicó encontrarse a la espera de la información necesaria para coordinar una reunión.
- 2.7 Mediante carta SGGCI/SNGC/1401484/2017 recibida el 28 de setiembre de 2017, ENEL reiteró a AZTECA PERÚ lo señalado en su carta SGGCI/SNGC/1396881/2017 y que, por lo tanto, no procede atender su solicitud formulada en sus cartas DJ-1258/17 y DJ-1293/17 y solicitó el pago pendiente; así también, convocó a AZTECA PERÚ a una reunión de inicio de trato directo al amparo de la cláusula respectiva del Contrato, al tener ambas empresas posiciones divergentes.
- 2.8 Mediante carta DJ-1446/17 recibida el 28 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ reiteró su solicitud formulada en sus cartas DJ-1258/17 y DJ-1293/17 y requirió que las facturas F411-00001397 y F411-00001461 sean reajustadas por cuanto exceden el precio máximo aplicable; así también, informó que dejaba a salvo su derecho para acudir al OSIPTEL.
- 2.9 Mediante escrito recibido el 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique las condiciones relativas a la contraprestación periódica del Contrato celebrado con ENEL.
- 2.10 Mediante carta C.00562-GPRC/2017 recibida el 16 de octubre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a ENEL de la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ, a efectos de que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado. Asimismo, se le solicitó información respecto de la infraestructura eléctrica (postes y/o torres) que viene alquilando a AZTECA PERÚ.
- 2.11 Mediante carta SGGCI/SNGC/39285156/2017 recibida el 20 de octubre de 2017, ENEL solicitó al OSIPTEL la ampliación del plazo para remitir sus comentarios y la información técnica solicitada.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 200

- 2.12 Mediante carta C.00582-GPRC/2017 recibida el 26 de octubre de 2017, el OSIPTEL otorgó a ENEL la ampliación de plazo solicitado, a efectos de que cumpla con remitir la información requerida hasta el 03 de noviembre de 2017.
- 2.13 Mediante carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03 de noviembre de 2017, ENEL presentó su posición respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ; así también, solicitó el uso de la palabra al Consejo Directivo.
- 2.14 Mediante carta C.00621-GPRC/2017 recibida el 09 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la posición expresada por ENEL en su escrito recibido el 03 de noviembre de 2017 y le solicitó que presente comentarios respecto del mismo, en un plazo de siete (7) días hábiles.
- 2.15 En fecha 17 de noviembre de 2017, ENEL expuso ante el Consejo Directivo su posición respecto de la solicitud formulada por AZTECA PERÚ, contando con la participación de ésta empresa en la sesión respectiva.
- 2.16 Mediante escrito recibido el 20 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó audiencia al Consejo Directivo a fin de exponer su solicitud de mandato y su posición respecto de lo señalado por ENEL.
- 2.17 Mediante escrito recibido el 21 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ presentó al OSIPTEL la absolución de la posición expresada por ENEL en su escrito recibido el 03 de noviembre de 2017.
- 2.18 Mediante carta C.00646-GPRC/2017 recibida el 27 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a ENEL del escrito presentado por AZTECA PERÚ el 21 de noviembre de 2017, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.19 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 152-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 07 de diciembre de 2017, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura. La citada resolución fue notificada a ambas empresas el 12 de diciembre de 2017, mediante carta C.00578-GCC/2017 a la empresa AZTECA PERÚ y mediante carta C.00579-GCC/2017 a la empresa ENEL.
- 2.20 Mediante escrito recibido el 29 de diciembre de 2017, ENEL solicitó al OSIPTEL declare la improcedencia de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura presentada por AZTECA PERÚ.
- 2.21 Mediante carta C.00001-GPRC/2018 de fecha 03 de enero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ del escrito presentado por ENEL el 29 de diciembre de 2017, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 200

- 2.22 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 11 de enero de 2018, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y ENEL, el cual fue notificado a las partes el 17 de enero de 2018, mediante las cartas C.00014-GCC/2018 y C.00016-GCC/2018 respectivamente.
- 2.23 Mediante escrito N° 4 recibido el 06 de febrero de 2018, AZTECA PERÚ remite sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.24 Mediante escrito recibido el 06 de febrero de 2018, ENEL remite sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.25 Mediante carta C.00071-GPRC/2018 recibida el 09 de febrero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a ENEL de los comentarios remitidos por AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante escrito N° 4, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.26 Mediante carta C.00074-GPRC/2018 recibida el 13 de febrero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios remitidos por ENEL al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante escrito recibido el 06 de febrero de 2018, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.27 Mediante escrito recibido el 20 de febrero de 2018, ENEL remite comentarios respecto del escrito N° 4 de AZTECA PERÚ.
- 2.28 Mediante carta C.000140-GPRC/2018 de fecha 21 de febrero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ del escrito presentado por ENEL el 20 de febrero de 2018, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.29 Mediante escrito N° 5 recibido el 22 de febrero de 2018, AZTECA PERÚ remite comentarios respecto del escrito recibido el 06 de febrero de 2018 de ENEL.
- 2.30 Mediante carta C.00146-GPRC/2018 de fecha 23 de febrero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a ENEL del escrito presentado por AZTECA PERÚ el 22 de febrero de 2018, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.

3. CUESTIONES A RESOLVER.

De la evaluación de la documentación remitida al OSIPTEL, y de conformidad con el marco normativo aplicable a la emisión de mandatos de compartición de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 200

infraestructura, se considera necesario emitir pronunciamiento respecto de los siguientes aspectos:

- 3.1 Procedencia de la emisión del mandato de compartición de infraestructura.
- 3.2 Competencia del OSIPTEL para emitir el mandato de compartición solicitado.
- 3.3 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.
- 3.4 El riesgo para la Red Dorsal ante la falta de acuerdo.
- 3.5 Sobre la comisión de una infracción por parte de ENEL.
- 3.6 Sobre la modificación del contrato de compartición.

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

4.1 PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA.

4.1.1 Marco normativo aplicable a la suscripción de contratos de compartición y la emisión de mandatos de compartición.

El artículo 3, numeral (ii), de la Ley N° 29904, declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, entre otra infraestructura, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.

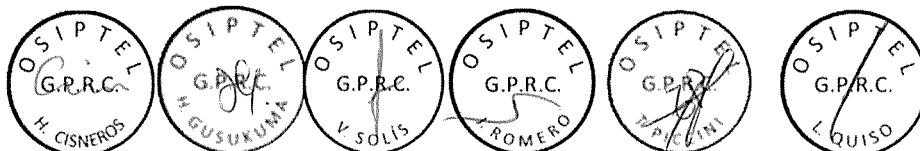
Por su parte, el artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904, determina que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. Asimismo, dispone que la metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones se establece en el Reglamento de la Ley N° 29904.


Por su parte, el artículo 32 de la Ley N° 29904, establece que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del precitado artículo 13, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

En esa línea, el Reglamento de la Ley N° 29904 determina en su artículo 25 el procedimiento que se debe seguir para concretar la compartición de infraestructura en el marco de la Ley N° 29904, en los siguientes términos:

“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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 200

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 OSIPTTEL 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 OSIPTTEL la emisión de un mandato de compartición”.

Según se observa del referido artículo, existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley N° 29904, siendo éstas: (i) el contrato, y (ii) el mandato. El procedimiento legal previsto para cada modalidad se describe a continuación:

- Contrato de compartición:


- El procedimiento inicia con la solicitud presentada por el operador de telecomunicaciones (artículo 25, numeral 25.2). El concesionario de energía eléctrica, una vez recibida la solicitud, tiene que requerir al operador de telecomunicaciones la información necesaria dentro del plazo de cinco (5) días hábiles (artículo 25, numeral 25.1).
- Los concesionarios (operador de telecomunicaciones y el concesionario de energía eléctrica) tienen un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato, que se cuenta a partir de la fecha de presentación de la solicitud del operador de telecomunicaciones (artículo 25, numeral 25.2).

- Mandato de compartición:

- Transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles, contado desde la presentación de la solicitud del operador de telecomunicaciones al concesionario de energía eléctrica para el acceso y uso de su infraestructura, sin que se haya suscrito un contrato, **el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTTEL la emisión de un mandato de compartición** (artículo 25, numeral 25.2).

En consecuencia, el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTTEL 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 de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo. Ello, con la finalidad de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 200

dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento del artículo 13 de la Ley N° 29904.

4.1.2 El concepto de “contrato” en el ordenamiento jurídico nacional y el concepto de “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura” previsto en la Ley N° 29904 y su Reglamento.

De acuerdo al artículo 1351 del Código Civil³, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Bajo dicho concepto, el “*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura*” señalado en el artículo 25, numeral 25.2, del Reglamento de la Ley N° 29904 como una de las modalidades para que un operador de telecomunicaciones acceda y use la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha, puede tener por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En consecuencia, las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puede ser también modificadas, reguladas o extinguidas por las partes mediante un contrato posterior, sujetándose a las reglas de la Ley N° 29904 y su Reglamento. En caso de falta de acuerdo, el operador de telecomunicaciones puede recurrir al OSIPTEL para que emita el respectivo mandato de compartición de infraestructura.

4.1.3 Sujeción del Contrato a la Ley N° 29904.

La relación de compartición que es materia de análisis, inició en el año 2015 con una solicitud de AZTECA PERÚ a ENEL⁴ formulada en el marco de la Ley N° 29904. Dicha solicitud generó el proceso de negociación referido en los numerales 1.3 y 1.4 del Contrato, que llevó a su suscripción por las partes el 09 de noviembre de 2015.

En ese sentido, el Contrato en mención se encuentra sujeto a la Ley N° 29904.

4.1.4 Procedencia de la solicitud de emisión de Mandato de Compartición solicitada por AZTECA PERÚ.

De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1258/17, recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, AZTECA PERÚ precisó que dicha comunicación era


³ Código Civil:

“Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

⁴ Antes Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. - EDELNOR S.A.A.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 200

enviada en el marco de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904, que se refiere a la posibilidad del operador de telecomunicaciones de solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición ante la falta de acuerdo con el concesionario eléctrico una vez transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

Asimismo, mediante carta DJ-1293/17 recibida el 29 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ reiteró su solicitud formulada en la carta DJ-1258/17 e indicó que, en tanto la adecuación solicitada corresponde por el periodo agosto-2017 en adelante, devolvía la factura F411-00001397 por cuanto lo facturado no respetaba el precio máximo legal aplicable.

En respuesta, mediante carta SGGCI/SNGC/1396881/2017 recibida el 12 de setiembre de 2017, ENEL comunicó a AZTECA PERÚ que de acuerdo al Contrato las nuevas disposiciones legales serán de aplicación al término del tercer año del propio Contrato, por lo que envió nuevamente la factura F411-00001397; sin perjuicio de lo cual, indicó encontrarse a la espera de la información necesaria para coordinar una reunión.


Además, ENEL mediante carta SGGCI/SNGC/1401484/2017 recibida el 28 de setiembre de 2017, reiteró a AZTECA PERÚ lo señalado en su carta SGGCI/SNGC/1396881/2017 y además le indicó que, no procede atender su solicitud formulada en sus cartas DJ-1258/17 y DJ-1293/17 y le solicitó el pago pendiente; así también, convocó a AZTECA PERÚ a una reunión de inicio de trato directo al amparo de la cláusula respectiva del Contrato, al tener ambas empresas posiciones divergentes.

Por su parte, AZTECA PERÚ mediante carta DJ-1446/17 recibida el 28 de setiembre de 2017, reiteró a ENEL su solicitud formulada en sus cartas DJ-1258/17 y DJ-1293/17 y requirió que las facturas F411-00001397 y F411-00001461 sean reajustadas por cuanto exceden el precio máximo aplicable; así también, informó que dejaba a salvo su derecho para acudir al OSIPTEL.

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (21 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. Según se ha señalado en párrafos precedentes, la solicitud de AZTECA PERÚ al OSIPTEL para la emisión de mandato fue ingresada el 05 de octubre de 2017, esto es, transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles supuesto por la norma citada.

En consecuencia, en el presente caso procede el análisis y posterior pronunciamiento por parte de OSIPTEL respecto de la solicitud efectuada por AZTECA PERÚ para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura con ENEL.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 200

4.2 COMPETENCIA DEL OSIPTEL PARA EMITIR EL MANDATO DE COMPARTICIÓN SOLICITADO.

4.2.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ señala que el numeral ii) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha dispuso que se declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y/o móvil. Indica que ello, está alineado a lo dispuesto en la Ley No. 28295.

Considera que, a efectos de que se pueda asegurar la protección del interés público antes descrito y proteger la conectividad a través de los servicios de telecomunicaciones, debe garantizarse tanto el acceso al uso de la infraestructura eléctrica, como la permanencia del operador para que pueda continuar haciendo uso de dicha infraestructura, pese a que pudieran existir discrepancias en el marco de la relación contractual. Precisa que lo contrario, carecería de sentido, para la defensa del interés público protegido, que los operadores pudieran acceder a la infraestructura, pero que, con posterioridad, se presenten y mantengan trabas o abusos que no permitan la continuidad del uso efectivo de la infraestructura compartida.

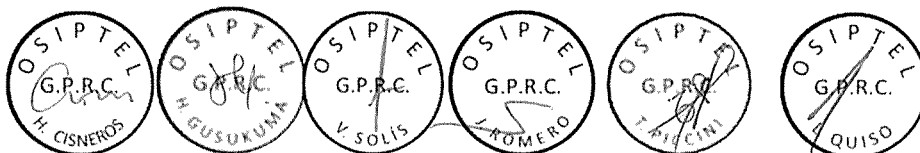
Manifiesta que no corresponde que únicamente se proteja un derecho de acceso, sino también debe garantizarse la continuidad efectiva de ese derecho pues, de lo contrario, el efecto será el mismo que el de una negativa de acceso:


*“Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso, toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas”.*⁵

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL⁶ es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la

⁵ CALLOL GARCÍA, Pedro. “La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”. En: Revista de Administración Pública, Núm. 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 409 - 410.

⁶ “Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el comportamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post”. [ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, En: Revista de Derecho Administrativo No 5, Lima, 2008, pp. 148 – 149].



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 200

infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica⁷, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias⁸.

Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

"De otro lado, y dada la importancia de la oportunidad en que debe concretarse el acceso y uso de la infraestructura de electricidad o hidrocarburos para concretar el objetivo de necesidad pública declarado en el artículo 3, numeral i) de la Ley No. 29904; se establecen reglas procedimentales para la negociación entre el concesionario de energía (electricidad/hidrocarburos) y el concesionario de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de su infraestructura, definiendo plazos y facultando a OSIPTEL a emitir mandatos de compartición en caso no llegue a un acuerdo."⁹

Asimismo, indica que atendiendo a que el OSIPTEL es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura eléctrica, en el artículo 25 del Reglamento se ha previsto que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición, fijando una solución vinculante para ambas partes. En consecuencia, consideran que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.

Señala que la competencia del OSIPTEL no se circunscribe solamente a facilitar el acceso a infraestructura eléctrica a los operadores como AZTECA PERÚ, sino también a garantizar su permanencia en el mercado, esto es, con el uso de la infraestructura eléctrica por el tiempo que se encuentre pactado entre las partes.


Asimismo, indica que el OSIPTEL ha señalado que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario"*

⁷ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

⁸ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

⁹ Exposición de Motivos del Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, p. 11. Disponible en: http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3256.pdf (Visitado el 1 de octubre de 2017).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 200

respectivo"¹⁰. En esa línea, consideran que el OSIPTEL reconoce que, en el marco de una relación contractual, también pueden presentarse escenarios de negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Hace referencia al Informe 0029-GPRC/2017¹¹, en donde el OSIPTEL reconoció con la emisión de un mandato de compartición que **es competente para garantizar la protección del interés público y el despliegue de las redes de telecomunicaciones tanto antes de facilitado el acceso a la infraestructura, como durante el uso de la misma.**

Señala que con una comunicación remitida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ inició negociaciones con ENEL para acordar precisar la cláusula contractual referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL y lograr así que se respete el precio máximo fijado en la normativa vigente. No obstante, pese a la buena disposición y numerosos intentos de AZTECA PERÚ, a la fecha las partes no han arribado a un acuerdo sobre este extremo, en tanto ENEL se opone a respetar el precio tope por uso de infraestructura regulado en el Reglamento.

Asimismo, manifiesta que la situación antes detallada constituye un escenario en el que, en el marco de la ejecución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ y ENEL no han podido acordar la precisión de la cláusula contractual referida a la retribución por el uso de infraestructura eléctrica, en tanto la retribución pactada exceda el precio tope máximo regulado. Por tanto consideran que el OSIPTEL se encuentra facultado para emitir un Mandato de Compartición, que obligue a ENEL a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que ENEL puede cobrarles y, con ello, se precise los términos del Contrato de Compartición, garantizando, además, la continuidad en el uso compartido de la infraestructura en cumplimiento del interés público involucrado en el Proyecto.

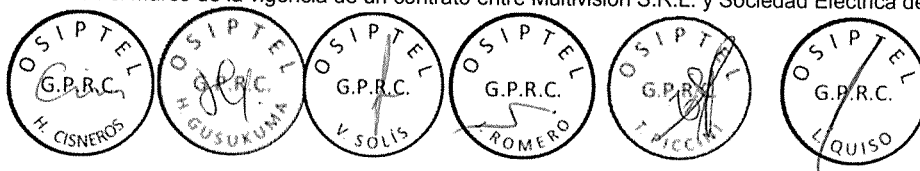
4.2.2 POSICIÓN DE ENEL (Carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03.11.2017):


ENEL señala que: (i) el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para aquello que solicita AZTECA PERÚ, (ii) no existe sustento normativo para la emisión de un mandato de modificación de un contrato de acceso, y (iii) al amparo de la Cláusula Décimo Sexta, ENEL inició un proceso arbitral para determinar si jurídicamente es posible modificar la Retribución en el Contrato, por lo que el presente procedimiento debe ser suspendido.

En atención a ello, ENEL desarrolla cada uno de las citadas posiciones, de acuerdo a lo siguiente:

¹⁰ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.

¹¹ Dado en el marco de la vigencia de un contrato entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 200

- (i) Respecto a que el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para aquello que solicita AZTECA PERÚ.

ENEL manifiesta que el procedimiento para la emisión del mandato de compartición se encuentra previsto en el artículo 25° del Reglamento, conforme al siguiente texto:

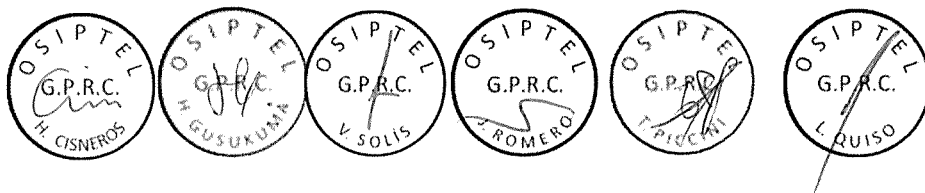
“Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la Infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos.


- 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 OSIPTTEL 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 OSIPTTEL la emisión de un mandato de compartición”. (Subrayado agregado).*

Refiere que de acuerdo con dicha normativa, se tiene -en términos generales- el siguiente procedimiento para la emisión del mandato de compartición: a) presentación de requerimiento de acceso; b) período de negociación de los términos de acceso y c) solicitud al OSIPTTEL en caso de falta de acuerdo en el período de negociación.

Indica que según señala el numeral 25.2 del Reglamento, luego de presentada la solicitud, los concesionarios tendrán un plazo de treinta (30) días hábiles para la negociación correspondiente, de forma previa a la emisión del mandato. En esa línea, ENEL manifiesta que queda claro que la negociación de los términos de acceso entre las partes constituye un requisito previo y necesario para la emisión de un mandato por parte del OSIPTTEL.

Sin embargo, ENEL manifiesta que en el presente caso no ha existido ninguna negociación de por medio entre ENEL y AZTECA PERÚ, sino un mero requerimiento de esta última donde solicita a ENEL que cumpla con determinadas disposiciones del Reglamento que, a su entender, deben ser aplicadas. Señala además que, a partir de las cartas remitidas por AZTECA PERÚ, dicha empresa no solicita una nueva negociación sobre los términos del Contrato, sino que requiere la aplicación de la RVM que modifica el Anexo 1 del Reglamento. Lo anterior se evidencia según ENEL en la carta DJ-1258/17 en la que AZTECA PERÚ solicita se proceda a adecuar el valor de la contraprestación.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 200

“Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

Es objeto de la presente referimos al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el “Contrato de Compartición”) suscrito según lo dispuesto en la Ley 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el 9 de noviembre de 2015 entre vuestra empresa y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (“Azteca Perú”), en su calidad de operador de la “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, para solicitarles que se proceda a adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura al precio máximo señalado en el numeral 4 del artículo 10 del Reglamento de la Ley 29904, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC (el “Reglamento”), según las disposiciones establecidas para tales efectos por las autoridades del sector.

Al respecto, el artículo 10 del Reglamento establece que el valor que se determine a través de la metodología prevista en el Anexo I de dicha norma constituye el precio máximo que debo cobrarse como contraprestación para retribuir económicamente el uso de infraestructuras de concesionarios de energía eléctrica. El Contrato de Compartición que hemos celebrado está sometido a lo dispuesto en esta norma y las demás disposiciones legales aplicables a la compartición de infraestructura eléctrica, y el cumplimiento de estas reglas se encuentra sujeto a la verificación del OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 29904 y en el artículo 33 del Reglamento.”

En ese sentido, ENEL refiere que la posición de AZTECA PERÚ es que ENEL debería supuestamente adecuarse a lo establecido en el numeral 3 del artículo 30 del Reglamento; por lo que considera que se encuentra ante una controversia sobre la aplicación o no de una disposición normativa a la Retribución estipulada en el Contrato. ENEL señala además que no existió ninguna negociación y que la propia AZTECA PERÚ lo ha reconocido expresamente en una de sus comunicaciones DJ-1446/17 que textualmente indica:


“Estimados señores.

(...)

Al respecto, respetuosamente procedemos a aclarar nuestra solicitud no se encuentra referida a la renegociación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (el “Reglamento”)¹, de manera que la contraprestación a ser pagada a su representada, respete el precio tope resultante de la aplicación de la metodología materia de dicho Reglamento.”

ENEL manifiesta que en la referida carta, AZTECA PERÚ reconoce que no está solicitando una nueva negociación de los términos del Contrato, sino que únicamente requiere que ENEL cumpla con ciertas disposiciones reglamentarias que a su criterio



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 200

deben ser observadas. En ese sentido, refiere que si para AZTECA PERÚ no estaba ante una (re)negociación de los términos del Contrato, ¿por qué entonces ha solicitado la emisión de un mandato no habiendo cumplido con la exigencia legal del período de negociación?

ENEL refiere que en la posición de AZTECA PERÚ (no había nada que negociar, solo solicita la aplicación de una nueva norma) lo cual está también reflejada en su solicitud de emisión de mandato, tal como se aprecia en el siguiente extracto:


*“5.2.20. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula cuarta y en el Anexo I el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, **en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes**, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.”*

En ese sentido, ENEL manifiesta que ello no escapará al criterio del Consejo Directivo del OSIPTEL, pues la emisión de un mandato de compartición se justifica precisamente en la falta de acuerdo durante el período de negociación entre las partes. Dicha emisión por parte del OSIPTEL asume y/o presupone la existencia de una negociación previa de los términos a ser modificados en el Contrato como requisito indispensable para la posterior emisión del mandato, así como la obvia necesidad de que se trate de materias respecto de las cuales las empresas puedan negociar.

Asimismo, señala que en el presente caso, AZTECA PERÚ ha venido sosteniendo que no requería la negociación de los términos ya estipulados en el Contrato, sino una directa adecuación a la normativa que, a su criterio, correspondía aplicar. En consecuencia, al estar ambas empresas de acuerdo en que no hubo ninguna negociación al respecto, queda claro entonces que, conforme al Reglamento, no corresponde la emisión de un mandato de compartición. Refiere que, según la posición de AZTECA PERÚ, no había nada que negociar. No era posible negociar debido a que lo que AZTECA PERÚ pedía era la aplicación de una norma, a su criterio, aplicable a la Retribución del Contrato.

ENEL, señala que como ha quedado en evidencia, se encuentran ante una controversia sobre la aplicación o no de una disposición normativa ante lo estipulado en el Contrato sobre la Retribución. Siendo ello así, la vía pertinente para discutir las cuestiones que AZTECA PERÚ plantea no es el procedimiento para la emisión de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 200

mandato, sino la de solución de controversias ante un Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO).

Refiere que, de acuerdo con el literal f), artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 8-2001-PCM, el OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las controversias “relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”. En esa misma línea, indica que el Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL, también establece que el OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

ENEL señala además que, sin perjuicio del arbitraje que ha iniciado, AZTECA PERÚ -siendo consistente con la posición que ha expresado- debió solicitar al OSIPTEL la designación de un CCO para que resuelva la controversia suscitada. En efecto, aun en la posición de fondo -errada- de AZTECA PERÚ, sus pedidos debieron ser encausados dentro de un procedimiento de solución de controversias. El inicio de un procedimiento de mandato es inconsistente con la posición expresada por AZTECA PERÚ.

En ese sentido, ENEL considera que ha quedado demostrado que el procedimiento para la emisión de un mandato de compartición no es la vía legal pertinente ante el OSIPTEL para discutir las cuestiones planteadas por AZTECA PERÚ. Por lo tanto, el Consejo Directivo del regulador debe desestimar la solicitud de dicha empresa y, en todo caso, AZTECA PERÚ deberá decidir si inicia un procedimiento ante un CCO designado por el OSIPTEL, órgano que deberá pronunciarse sobre los efectos jurídicos del arbitraje iniciado por ENEL.


ENEL manifiesta que conforme a lo descrito y acreditado, el Consejo Directivo debe declarar IMPROCEDENTE la solicitud de AZTECA PERÚ de emisión de un mandato de acceso.

- (ii) Respecto a que no existe sustento normativo para la emisión de un mandato de modificación de un contrato de acceso.

ENEL manifiesta que en el marco de la interconexión de redes de telecomunicaciones, el OSIPTEL está facultado a emitir mandatos de interconexión ante la ausencia de acuerdos entre dos operadores de telecomunicaciones. La normativa faculta a OSIPTEL a crear una relación jurídica de interconexión.

Pero adicionalmente, la normativa de interconexión también faculta a emitir mandatos complementarios que permiten modificar relaciones de interconexión previamente establecidas, por contrato o por mandato. Esta facultad extraordinaria se encuentra en



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 200

el artículo 46 del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución 134- 2012-CD/OSIPTEL:

“Artículo 46.- Procedimiento de modificación del contrato o mandato de interconexión.

46.1. En caso uno o más operadores de servicios públicos de telecomunicaciones requieran, durante la ejecución del Proyecto Técnico de Interconexión, introducir modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos de la interconexión, el operador u operadores interesados procederán, de inmediato, a informar al otro u otros operadores sobre dichas modificaciones, adjuntando la propuesta de modificación del contrato o mandato de interconexión, con copia al OSIPTEL.

46.2. El operador u operadores notificados tendrán un plazo de quince (15) días calendario, contado desde la fecha de recepción de la propuesta, para aceptar o rechazar las modificaciones propuestas con copia al OSIPTEL. En caso de aceptación, los operadores procederán a suscribir un acuerdo de interconexión que incorpore dichas modificaciones el cual estará sujeto a lo establecido en el Artículo 57. En caso de rechazo, las partes procurarán conciliar las divergencias dentro del plazo de quince (15) días calendario, contados desde la fecha de recepción del rechazo, transcurrido el cual sin que las partes lleguen a un acuerdo, a solicitud de una o de ambas, el OSIPTEL, después de haber considerado los puntos de vista de las partes interesadas, emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto en el Artículo 51 de la presente norma. Los plazos para aceptar o rechazar las modificaciones propuestas o para conciliar las divergencias sólo podrán ser prorrogados por un periodo adicional de quince (15) días calendario, si ambas partes mediante comunicación conjunta o individual manifiestan su intención en ese sentido.

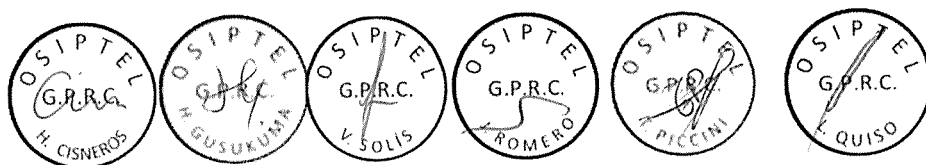
46.3. Si el operador u operadores notificados no cumplen con aceptar o rechazar las modificaciones propuestas dentro del plazo establecido, a solicitud de una o de ambas partes, el OSIPTEL emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto por el Artículo 51.”


Refiere que el OSIPTEL ha señalado que es esta norma (antes incluida en el artículo 40 de las Normas de Interconexión) la que le permite emitir mandatos que modifiquen contratos o mandatos de interconexión, tal como se aprecia en la Resolución 59-2005-CD/OSIPTEL:

“3.5. Aplicación del artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión

(...)

(iv) Si bien existe un contrato de interconexión aprobado por OSIPTEL, el artículo 40° [hoy artículo 46] del TUO de las Normas de Interconexión contiene un supuesto específico para la modificación de la relación de interconexión.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 200

Como se ha indicado, este procedimiento ha previsto la negociación y otorgado a la intervención de OSIPTEL un carácter subsidiario. (...) Ahora bien, debe indicarse que el artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión se encuentra vigente desde la versión inicial del Reglamento de Interconexión (artículo 32°). En ese sentido, se encontraba vigente al momento que las partes suscribieron los contratos de interconexión, y por lo tanto, tenían conocimiento de sus alcances. No obstante, con la finalidad de otorgar predictibilidad a las decisiones sobre el particular, este organismo deja claramente establecido que la aplicación del artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión se circunscribe estrictamente a las modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos de la interconexión, tal como lo prevé el citado artículo.”

Además, ENEL señala que en el marco del acceso a infraestructura de instalaciones eléctricas, el marco normativo no ha facultado al OSIPTEL para la modificación de relaciones de acceso previamente establecidas por contrato. Dicho de otra manera, el OSIPTEL cuenta con la facultad de emitir mandatos de interconexión que modifiquen relaciones de interconexión creadas por contrato; pero no cuenta con la misma facultad respecto de relaciones de acceso creadas por contrato, como ocurre con el Contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Manifiesta que en el marco de interconexión el OSIPTEL cuenta con facultades mayores, que implican incluso la aprobación de los contratos de interconexión, situación que no ocurre en el régimen de los contratos de acceso a infraestructura. Es por ello que la normativa no faculta al regulador, en el marco de las normas de acceso de infraestructura, a modificar por mandato las relaciones previamente creadas por contratos (que no requieren aprobación de OSIPTEL para su eficacia).

En ese sentido, señala que de acuerdo a la aplicación directa del principio de legalidad previsto en la normativa, el Consejo Directivo del OSIPTEL debe declarar IMPROCEDENTE la solicitud presentada por AZTECA PERÚ.


(iii) Respecto al amparo de la Cláusula Décimo Sexta, ENEL inició un proceso arbitral para determinar si jurídicamente es posible modificar la Retribución en el Contrato, por lo que el presente procedimiento debe ser suspendido.

ENEL señala que el 20 de octubre de 2017, inició un proceso arbitral contra AZTECA PERÚ ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, al amparo del convenio arbitral pactado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, cuyo texto establece lo siguiente:

“Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje

(1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 19 de 200

reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [*] Días Hábiles.

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

Refiere que su demanda arbitral incluyó las siguientes pretensiones:

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

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: que en el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral declare que no resulta aplicable el artículo 62° de la Constitución Política del Perú a la Retribución pactada en el Contrato y, por ende, la Resolución y cualquier otra norma posterior pueden modificar la Retribución, que se ordene a Azteca pagar a Enel una compensación o indemnización dinerada que resulte del diferencial entre la Retribución y la nueva contraprestación dineraria que fije la Resolución u otra norma posterior por el período contractual del 9 de agosto de 2017 hasta el 8 de noviembre de 2018.


Segunda pretensión principal: que Azteca pague los costos y costas del arbitraje”.

Señala además, que la controversia suscitada entre AZTECA PERÚ y ENEL por la modificación de la Retribución en el Contrato ya viene siendo tramitada en la vía arbitral, iniciada de forma válida por ENEL.

Por ello, solicita al OSIPTTEL que suspenda el procedimiento de emisión de mandato de compartición iniciado por AZTECA PERÚ, hasta que el Tribunal Arbitral resuelva la controversia existente entre ambas empresas en torno a la aplicación de la Retribución pactada en el Contrato por el referido plazo mínimo.

Manifiesta que de no suspender el presente procedimiento, existe el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia. Adjunta para estos efectos una copia del cargo de la presentación de la solicitud de inicio del proceso arbitral en el Anexo 1 de su carta SGGCI/1411536/2017.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 200

4.2.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 21.11.2017):

4.2.3.1 Es evidente que AZTECA PERÚ desea que se varíen las condiciones económicas previstas en el contrato de compartición.

AZTECA PERÚ manifiesta que según los argumentos de ENEL, el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para que AZTECA PERÚ logre la modificación de la retribución pactada, porque supuestamente, (i) no se habría cumplido con el requisito previo de plantear una negociación de los términos de la compartición, y (ii) porque la pretensión de AZTECA PERÚ consistiría en solicitar el mero cumplimiento de determinadas disposiciones reglamentarias para ENEL.

Manifiesta que a criterio de ENEL, no se cumpliría el elemento formal de haber mantenido una negociación por un periodo mínimo de treinta (30) días, por lo que la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ debería ser declarada improcedente. Según dicha empresa, la emisión de un mandato del Consejo Directivo únicamente se encuentra justificada ante la falta de acuerdo entre las partes durante el periodo de negociación, situación que al parecer de ENEL no se ha observado en el presente caso.


Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que ENEL se ampara en formalismos para no evidenciar la realidad manifestada por actos propios, al argumentar que, en tanto en las comunicaciones remitidas por AZTECA PERÚ no se utilizó expresamente el término "negociar", ambas empresas no se encontraban intercambiando comunicaciones que tenían como finalidad cambiar la contraprestación por el uso de la infraestructura de energía eléctrica. Manifiesta que, más allá del léxico empleado en las diversas cartas cursadas, cualquiera puede deducir claramente que la intención y finalidad de AZTECA PERÚ era que se varíen las condiciones económicas del Contrato de Compartición.

Señala que ENEL pretende, así, confundir al OSIPTEL con juegos de palabras para que ignore el objetivo y real de la solicitud de AZTECA PERÚ, con la esperanza que este formalismo absurdo evite la discusión de fondo, esto es, la necesaria modificación del pago excesivo que vienen recibiendo por el uso de infraestructura (que a la larga estaría subsidiando sus instalaciones, distorsionando totalmente la finalidad de dicha retribución).

En efecto, refiere que cuando AZTECA PERÚ solicita en sus comunicaciones que se "*adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente*"¹², busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento. De modo alguno puede alegarse que estas comunicaciones buscaban trasladar simplemente una opinión o información o que constituían meros requerimientos para que ENEL cumpliera con la normativa, y que no tenían como

¹² Ver Cartas DJ-1258/17 del 21 de Agosto de 2017 y DJ-1293/17 del 29 de agosto de 2017.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 21 de 200
	INFORME	

finalidad causar un cambio en la relación que mantienen ambas empresas, dado que existe un planteamiento expreso de AZTECA PERÚ para que ENEL acceda a modificar la contraprestación. Manifiesta que sería absurdo no valorar las comunicaciones de AZTECA PERÚ debido a que no se incluyó la palabra “negociación” en su contenido.

Añade, que buscó concertar con ENEL el ajuste de la contraprestación contractual desde la primera comunicación que fue remitida el 21 de agosto de 2017 (Carta DJ-1258/17): le comunicó el por qué planteaba el cambio de la contraprestación en ese momento (y no luego de los 3 años que alude el Contrato de Participación), cómo consideraba debía realizarse el re-cálculo a nivel teórico, le pidió información, anunció que validaría el nuevo monto que propusiera ENEL. etc. No obstante, señala que hasta la fecha habiendo ya transcurrido tres (3) meses, ENEL sigue negándose totalmente a acceder a dicho cambio.

Refiere que a pesar que ENEL trata de distorsionar sus comunicaciones, resaltando frases aisladas y limitándose a la literalidad de los mensajes, como si correspondiera ceñirse a un formato, protocolo o ritual preestablecido, indica que resulta más que evidente que AZTECA PERÚ planteó a ENEL variar los términos bajo los cuales se viene dando la relación de participación. En efecto, indica que AZTECA PERÚ ha sido claro al manifestar que no desea seguir pagando el monto que se encuentra consignado en el contrato de participación a modo de contraprestación a favor de ENEL y que busca que dicho valor y los términos contractuales referidos a su aplicación y vigencia sean “ajustados”, “adecuados”, “cambiados”, “rectificados”, “enmendados”, “reemplazados”, “perfilados” o como quieran llamarle, la intención de que se modifiquen ciertos términos que rigen la relación contractual es indiscutible.

Asimismo, manifiesta que tan clara ha sido la pretensión de AZTECA PERÚ que el mismo ENEL lo reconoce en la página 5 de su escrito:


“Como se desprende de los Antecedentes descritos anteriormente, la solicitud de Azteca sobre el ajuste de la Retribución pactada en el Contrato tiene el siguiente sustento:

a) La RVM habría modificado el valor de la variable “f” de la Fórmula a 183% y el valor de la variable “m” de la Fórmula a 84.3% para infraestructura de media y alta tensión. En consecuencia, Azteca considera que la Retribución debe ser modificada.

b) La RVM habría señalado que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Fórmula, debe ser igual a bes (3). En consecuencia, Azteca considera que la Retribución debe ser modificada.”

Es más, también manifiesta dicho entendimiento en su petición arbitral (presentada luego de haber sido notificados con su solicitud de mandato):



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 200

“e) El 17 de agosto de 2017 AZTECA envió a ENEL una carta con el fin de (I) comunicar que las modificaciones a las dos variables de la Fórmula Introducidas por el Reglamento determinaban que el “precio máximo” por el acceso y el uso de la referida infraestructura sea menor a la Retribución; y, (II) solicitar la reducción de la Retribución.”


Asimismo, señala que es muy importante que el Consejo Directivo no se deje sorprender y tenga en cuenta (i) los parámetros legales bajo los cuales AZTECA PERÚ ha solicitado el ajuste de la contraprestación y (ii) el contexto de sus comunicaciones.

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

Refiere que no es el caso que AZTECA PERÚ haya solicitado a ENEL que se le aplique un descuento o un beneficio adicional respecto al cual hubiese podido esperarse una negociación plena entre ambas empresas. AZTECA PERÚ, dentro de los parámetros establecidos en el Reglamento, solicitó a ENEL que el Contrato de Compartición fuese enmendado de modo que la contraprestación sea distinta. Que la posición de AZTECA se encuentre respaldada en disposiciones normativas no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.

En efecto, manifiesta que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer. Es más, señala que aún si en este momento ENEL y AZTECA PERÚ recién estuvieran negociando por primera vez los términos de su contrato de acceso y uso de infraestructura, la contraprestación constituiría un término respecto al cual sólo podría negociar un precio menor al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la Metodología. Si ENEL se negara a la solicitud de AZTECA PERÚ de aplicar el precio máximo y quisiera imponer un precio mayor, ¿acaso AZTECA PERÚ no estaría legitimado para solicitar al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un mandato conforme al artículo 25 del Reglamento?, ¿sería válido argumentar que porque AZTECA PERÚ está solicitando que se aplique una limitación normativa no se ha cumplido con el supuesto de negociación del contrato y por lo tanto no corresponde la emisión de mandato?, ¿tendrían las futuras partes que recurrir a un Cuerpo Colegiado para que se pronuncie si corresponde o no la aplicación del precio tope y dejar en *stand by* el despliegue de la Red Dorsal porque no se ponen de acuerdo respecto a qué valor aplicar?, ¿no implicaría ello una afectación directa al interés nacional detrás del despliegue y operación de un proyecto declarado de necesidad pública e interés nacional?, ¿no es acaso justamente para



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 200

salvar estos supuestos que se le han otorgado facultades normativas-regulatorias de intervención administrativa al Consejo Directivo del OSIPTEL?

La evidencia más clara de que está ante una negociación es que se trata de un aspecto que ya se trató entre las partes en anterior oportunidad, pero no se aplicó correctamente la Metodología y el correspondiente precio máximo, por eso es que hay que volver a negociar. En efecto, señala que AZTECA PERÚ ha reconocido que, al celebrar el Contrato de Compartición, las partes aplicaron erróneamente la Metodología, por lo que incluyeron en dicho contrato un valor por contraprestación por encima del tope que hubiese resultado de aplicar adecuada y correctamente dicha fórmula¹³.

En ese sentido, señala que no puede ENEL sostener ahora, yendo contra sus propios actos, que la discusión actual es sólo una modificación normativa cuando es la misma que hubo en el pasado, sólo que planteando la correcta aplicación de la Metodología, nada más. Indica que ENEL no puede alegar que en ese entonces sí hubo negociación, pero ahora no. En su afán de confundir al Consejo Directivo con formalismos, ENEL no ha reparado en la total inconsistencia de sus alegaciones actuales con su proceder anterior: cuando le conviene (contraprestación excesiva) sí hubo negociación, ahora que no le conviene que se disminuya la contraprestación, inventa pretextos formales para impedir que se reconozca la verdadera situación (sí hubo negociación) y así mantener las ganancias excesivas que viene obteniendo.


Bajo dicho contexto, señala que en el mes de Agosto de este año, AZTECA PERÚ de buena fe buscó que, sin la intervención de terceros, ENEL accediera a ajustar el valor de la contraprestación, exponiéndole los errores que se habían cometido y planteando que la relación contractual se adecuara al marco normativo vigente. Es más, ambas empresas intercambiaron varias cartas manifestando sus posiciones al respecto: AZTECA PERÚ solicitando que la contraprestación sea variada (que evidentemente implicaba que los términos bajo los cuales la relación de compartición se da fuesen necesariamente modificados) y ENEL rechazando de plano dicha petición.

Señala que en el caso negado que AZTECA PERÚ no hubiese tenido intención de concertar con ENEL la adecuación de la contraprestación, incluyendo la precisión a nivel contractual, no le hubiera mandado carta alguna y más bien se habría limitado a exponer dicha situación ante el OSIPTEL a efectos que emita una medida correctiva.

Es importante notar también, según refiere AZTECA PERÚ, que la posición de ENEL se basa en los textos del Contrato de Compartición que AZTECA PERÚ ha solicitado implícitamente variar: el monto de la contraprestación previsto en el Anexo 1 de dicho contrato y la referencia en la Cláusula Cuarta a que el éste se mantendrá fijo por 3 años. En sus cartas, AZTECA PERÚ pone claramente en manifiesto que no desea que en su relación con ENEL se sigan observando dichas condiciones, sino otras: que el

¹³ Además, por las presiones que tenía AZTECA en cumplir con el despliegue y entrega de la Red Dorsal conforme al calendario de su Contrato de Concesión, se vio forzado a aceptar que en el Contrato de Compartición se incluyen condiciones que a todas luces resultaban nulas y, por lo mismo, inexigibles.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 200

monto por retribución en ningún caso exceda el precio máximo y que dicho monto varíe en el tiempo en función a las variaciones que el Viceministerio de Comunicaciones apruebe realizar a los valores de los factores previstos en la Metodología conforme a lo señalado en el Reglamento.


Manifiesta que por lo expuesto, en lo que respecta a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica, considera que los requisitos de procedencia del mandato compartición a que se refiere el artículo 25 del Reglamento deben interpretarse en función a las limitaciones antes indicadas: no cabía la negociación de montos mayores al precio máximo y, por tanto, bastaba con la negativa de la empresa eléctrica respecto a observar dicha regla para que sea procedente la solicitud de emisión de un mandato, debiendo el Consejo Directivo del OSIPTEL emitir una regulación expresa en el marco de la relación de compartición entre AZTECA PERÚ y ENEL, en observancia de los principios y disposiciones aplicables.

Por otro lado, señala que si bien en la Carta DJ-1446/17 del 28 de septiembre de 2017 remitida por AZTECA PERÚ a ENEL se indica que su solicitud no se encontraba referida a la renegociación de las cláusulas del contrato de compartición, es evidente que sí se buscaba la revisión y/o limitación de los términos contractuales. Dicha comunicación debe leerse a la luz de una coyuntura en que ENEL había comunicado a AZTECA PERÚ su intención de que este aspecto regulatorio, de exclusiva competencia del OSIPTEL, sea discutido en un fuero arbitral. Manifiesta que lo que señala allí es que la contraprestación en sí es un término respecto al cual las partes tienen limitadas facultades de negociación y que, independientemente lo que está previsto en el contrato actualmente, AZTECA PERÚ considera que dichas condiciones deben cambiar. En ese sentido, la sola existencia de la referida comunicación no puede desconocer el interés de negociación de AZTECA PERÚ para la modificación de la contraprestación de uso de infraestructura eléctrica. Ello, dado que no puede negarse que AZTECA PERÚ siempre solicitó que la contraprestación fuera diferente a la que venía siendo cobrada por ENEL; ergo: solicitó la modificación del capítulo económico del Contrato de Compartición.

AZTECA PERÚ señala que en resumen, intentó acordar con ENEL el ajuste de la remuneración y otros términos contractuales vinculados a ésta, pero dicha empresa eléctrica no ha querido ceder y más bien se ha ratificado en su negativa. El transcurso del tiempo (como va lo ha puesto de manifiesto en su escrito y en su petición arbitral) no va a implicar un cambio en su posición. Por tanto, es indiscutible que su solicitud de mandato resulta procedente.

Asimismo, señala que a mayor abundamiento, en el caso negado que correspondiera declarar la improcedencia de la solicitud de mandato por el supuesto incumplimiento del plazo de negociación a que alude ENEL, esto significaría apegarse a una formalidad que, a la larga, sólo retrasaría el pronunciamiento del Consejo Directivo con el consiguiente mantenimiento de la situación de grave perjuicio y riesgo de sostenibilidad de la Red Dorsal. Ello, puesto que únicamente se prolongaría de manera innecesaria esta situación de desacuerdo entre las partes, sólo para la



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 25 de 200
	INFORME	

remisión de cartas que expresa e innecesariamente señalen que se busca una “negociación”, para que, nuevamente, se presenten las solicitudes de mandato ante la existencia de una afectación al interés público que resguarda el uso compartido de infraestructura eléctrica sujeto a un precio máximo regulado.

En este sentido, indica que es importante tener en cuenta que el principio de economía procesal “*comprende a todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él, constituyendo sus variantes los principios de concentración, eventualidad, celeridad*”¹⁴ (énfasis agregado).

Por tanto, manifiesta al OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo, que debe garantizar que, mediante un mandato, se modifiquen los términos que rigen la relación de compartición de ENEL y AZTECA PERÚ, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará de ahora en adelante bajo condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.

4.2.3.2 No estamos ante una controversia referida a la aplicación de una disposición normativa.


AZTECA PERÚ señala que ENEL ha alegado que, antes de un procedimiento de solicitud de mandato de compartición de infraestructura, la vía en el OSIPTEL para la resolución de esta controversia es a través de un procedimiento ante un Cuerpo Colegiado. Sin embargo, AZTECA PERÚ refiere que como ya ha aclarado el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, dicha vía no es la adecuada, tal como explicará a continuación.

Como ha señalado arriba, AZTECA PERÚ le ha planteado a ENEL modificar las condiciones de su relación contractual de compartición. Ahora bien, señala que todo planteamiento de negociación tiene el riesgo en sí de generar una “controversia” si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados¹⁵. No por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta por un Cuerpo Colegiado en ejercicio de la función de solución de controversias y menos aún en un fuero arbitral. Refiere que conforme al literal e) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función de solución de controversias “*comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia (...)*” (énfasis y subrayado agregados). De acuerdo al artículo 49 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001- PCM y al último párrafo del artículo 2 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de

¹⁴ PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., 1994.

¹⁵ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. Que la motivación que tuvo AZTECA para plantear el cambio en la relación contractual se origine en cómo cree que deben interpretarse y aplicarse las normas, no implica que su solicitud de modificación sea menos válida.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 26 de 200
	INFORME	

Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD- OSIPTEL, mediante el ejercicio de esta función se resuelve en la vía administrativa “toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora” (énfasis y subrayado agregados).

Manifiesta que por su parte, el Tribunal de Solución de Controversias ha precisado que en “en el caso de la función de solución de controversias, el OSIPTEL se encarga de resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos.”¹⁶

Entonces, indica que para que el Cuerpo Colegiado pueda abocarse a resolver una reclamación es necesario (i) que existan intereses contrapropuestos entre las empresas de telecomunicaciones y la empresa eléctrica y (ii) que dicha controversia haya derivado de acciones u omisiones que puedan afectar o afecten el mercado de los servicios públicos de telecomunicación. Ello, siempre que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado no implique atribuirse competencias propias de otros órganos dentro del OSIPTEL.

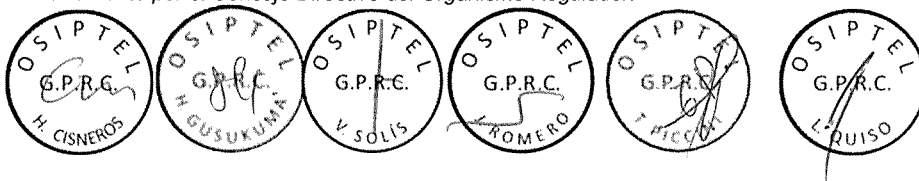
Por ejemplo, escapa del ámbito del Cuerpo Colegiado atender consultas de parte sobre la aplicación o su interpretación del marco jurídico, así como el establecer las condiciones técnicas, legales o económicas que deben regir una relación de compartición, aun cuando las empresas involucradas manifiesten no llegar a un acuerdo. Esta última prerrogativa es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la función normativa-regulatoria del OSIPTEL que comprende “dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios”¹⁷ (subrayado agregado).


En ese sentido, refiere que el Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por Decreto Supremo No. 042-2005-PCM, establece que la función reguladora y normativa será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo respectivo¹⁸. Del mismo modo, el Reglamento General del OSIPTEL precisa que la

¹⁶ Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016, fundamento 52.

¹⁷ Reglamento General del OSIPTEL-. artículo 23. De manera similar, la Ley No. 27332 en su artículo 3 prevé “c) *Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios:* (...)”

¹⁸ “Artículo 2.- *Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores*
La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.”



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 27 de 200

función normativa es ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo, a través de la expedición de resoluciones debidamente sustentadas¹⁹.

De ese modo, una situación que lleve a resolver la reclamación materia de controversia en el marco del presente procedimiento de solicitud de mandato generaría que el Cuerpo Colegiado indirectamente defina los parámetros de la relación jurídica existente entre la empresa eléctrica y AZTECA PERÚ. Ello excede a todas luces la función de solución de controversias antes comentada, pues en sí implica que se fijen y/o confirmen los criterios aplicables a la Metodología y, por tanto, a la determinación de la contraprestación, cuya modificación ha sido solicitada por AZTECA PERÚ.

En efecto, manifiesta que el Cuerpo Colegiado no tiene competencias para definir y/o redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición. Ello le corresponde exclusivamente al Consejo Directivo como ha señalado párrafos arriba. Es la función normativa en específico, reflejada a través de la emisión de los mandatos, la que faculta al OSIPTEL indicar cómo es que se debe aplicar la metodología prevista legalmente para definir la contraprestación en un contrato de compartición.

Señala que dicho entendimiento no es exclusivo al sector telecomunicaciones, el Consejo Directivo de OSITRAN, por ejemplo, también ha definido que el establecimiento de retribuciones o contraprestaciones en una relación de acceso y uso de infraestructura se realiza en ejercicio de la referida función normativa:

*“(...) Se trata por tanto, **de una competencia en materia regulatoria de contenido sustancialmente económico**, que tiene una **finalidad de interés público**, consistente en posibilitar la competencia en los segmentos de servicios portuarios y servicios de intercambio modal y de transporte, ahí donde sea factible, sin poner en riesgo los derechos del titular de la concesión o del Administrador Portuario público. (...)”*


*8. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, OSITRAN ratifica su **competencia para emitir el presente Mandato de Acceso, en ejercicio de su función normativa propia**, el mismo que es de cumplimiento obligatorio para las partes.”²⁰*

Al respecto, manifiesta que es importante tener en cuenta que, en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama “*regulación escalonada*”, es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos

¹⁹ Artículo 24.-Órganos Competentes para ejercer la función normativa
La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.”

²⁰ Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 200

no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos:

“(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que -en caso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que - según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad, la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece así como “red de reserva” (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)”²¹

Asimismo, refiere que es importante tener en cuenta que la incompetencia del Cuerpo Colegiado para emitir pronunciamientos que impliquen la (re)definición de las condiciones económicas en las relaciones de compartición ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo de OSIPTEL.

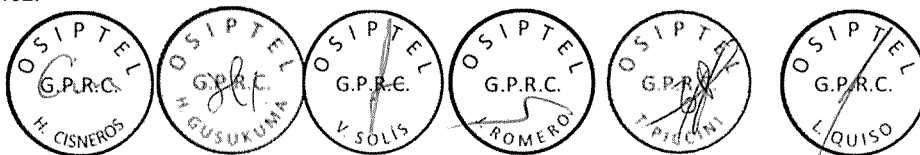
Por ejemplo, en el caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Expediente No. 002-2014-CCO-ST/CI), a propósito de una controversia respecto a la posibilidad de redefinir la contraprestación pactada por el uso de infraestructura eléctrica el Tribunal de Solución de Controversias determinó que esta materia debía ser conocida únicamente por el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no el Cuerpo Colegiado:


“46. Sin embargo, este órgano colegiado, discrepa del razonamiento de la primera instancia, en la medida que las pretensiones transcritas en el numeral 44 implican el ejercicio de la función normativa, por cuanto la modificación de la contraprestación que pretende Multivisión, generará o constituirá una relación jurídica con una nueva contraprestación, en caso que el mandato de compartición de infraestructura correspondiente así lo disponga.

(...)

48. Precisamente, luego de un análisis de las pretensiones de Multivisión antes citadas, el Tribunal considera que las mismas buscan una modificación de la contraprestación fijada por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL. Debe puntualizarse que no solamente se busca una revisión de la fórmula que supuestamente habría utilizado SEAL para establecer los montos a cobrar por el uso de los postes dependiendo del tipo de tensión, baja o media, sino además,

²¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 200

pretende que los órganos de solución de controversias fijen la metodología y la contraprestación que corresponda de acuerdo a la normativa, en este caso, que cumpla con el principio de onerosidad de la compartición.

(...)

50. Es en este contexto, en el que debe tenerse en cuenta que si no se llegara a modificar en forma consensuada el contrato mencionado, lo que correspondería, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura es la intervención del OSIPTEL a través de la emisión de un mandato sobre el aspecto específico en el que las partes no lograron un acuerdo que modifique la contraprestación fijada inicialmente. (...)

52. como se puede apreciar, al ejercer la función normativa a través de la emisión de un mandato, se determinan las reglas que deben seguir las partes para una adecuada ejecución del objeto del mismo, consistente en el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. (...)”²² (subrayado y énfasis agregado)

Es por lo expuesto que, producto del pedido de mandato de compartición que posteriormente inició Multivisión, a través del informe que sustentó su Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL de fecha 16 de febrero de 2017 (mandato de compartición), el Consejo Directivo claramente señaló lo siguiente:

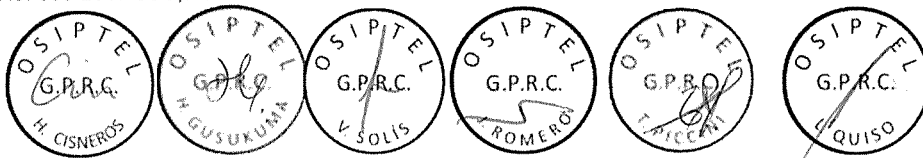
“En ese contexto, la solicitud para negociar o acordar nuevas condiciones para una relación de compartición previamente creada, con sujeción a la Ley 28295, que formule alguna de las partes de un contrato de compartición a la otra, puede estar referida a regular, modificar o extinguir el acuerdo previamente creado. Ante la falta de acuerdo, la Ley No. 28295 [el régimen general], faculta al OSIPTEL a intervenir mediante la emisión de un mandato a solicitud del interesado (...).”


“Bajo dicho marco legal, una contraprestación que haya sido acordada por las partes en un procedimiento negociado al amparo de la Ley No. 28295 y su Reglamento, pero que alguna de las partes cuestione posteriormente por resultar inconsistente con los principios y reglas de dicho marco legal - como la contraprestación del Contrato de Compartición 2013, cuestionada por MULTIVISIÓN - puede ser sometida al ejercicio de la función normativa del OSIPTEL para que determine su consistencia o no con el referido marco legal, cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo para resolver entre ellas el cuestionamiento”.

Refiere por lo antes indicado, en línea al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima²³, que AZTECA PERÚ está convencido que, ante la falta de un acuerdo entre

²² Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016.

²³ Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, artículo 1:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 200

las partes respecto de la “nueva” contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica, ha hecho bien en solicitar la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, máxime si se tiene en consideración el interés público que está en juego.

4.2.3.3 La pretensión de AZTECA PERÚ no es arbitrable.

Refiere que para cuestionar la procedencia de este procedimiento y solicitar su suspensión, ENEL afirma que ha presentado una petición arbitral para determinar si jurídicamente es posible que se modifique la contraprestación pactada contractualmente por el uso de infraestructura de energía eléctrica.


Sobre este punto, manifiesta que es importante resaltar que ENEL presentó la petición arbitral el 20 de octubre de 2017, 4 días luego que fuera notificado con su solicitud de mandato (el 16 de octubre de 2017), con el único ánimo, como es evidente, de limitar la competencia del OSIPTEL. Lo cierto es que, a la fecha de la presentación de la solicitud de mandato no existía ninguna controversia entre las partes pendiente de ser analizada en fuero arbitral alguno. Por tanto, el riesgo a que se refiere ENEL de que se produzcan decisiones contradictorias ha sido generado por el mismo, situación que evidencia una cosa importante: ENEL reconoce que las materias sometidas a arbitraje y al mandato de compartición son las mismas.

Manifiesta además, ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, que AZTECA PERÚ ha requerido la modificación de los términos contractuales y no está discutiendo aquí la interpretación o aplicación del texto original del Contrato de Compartición. Por lo mismo, señala que no está ante una materia arbitrable, tal como lo expuso en la sección anterior. En tal sentido, refiere que el fuero arbitral no es la vía idónea sobre la que debería atenderse el requerimiento de AZTECA PERÚ, sino el procedimiento de emisión de mandato de compartición a cargo del Consejo Directivo del OSIPTEL, en el cabal ejercicio de sus funciones y competencias. Sólo a través de este procedimiento, el Consejo Directivo del OSIPTEL podrá resguardar efectivamente el interés público detrás de la continuidad del despliegue y operación de la Red Dorsal. Por ello mismo, señala que AZTECA PERÚ ya ha procedido a presentar su total oposición al arbitraje planteado por ENEL, conforme se evidencia en el Anexo 3-A de su escrito.

Indica que ENEL pretende además ignorar que esta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad y la de AZTECA PERÚ, sino de lo que establezca el OSIPTEL en el ejercicio de sus funciones normativa y supervisora del cumplimiento de las disposiciones que regulan los contratos de compartición de infraestructura.

"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima- (...) Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la Interpretación de las normas aplicables." (énfasis y subrayado agregados)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 31 de 200
	INFORME	

Refiere que cabe tener en consideración además que, dar espacio a que ENEL u otras empresas eléctricas consideren que los planteamientos de re-definición contractual pueden ser materia de arbitraje, implicaría un serio desmedro a las facultades del OSIPTEL, además de traer implícito el riesgo de que se dicten múltiples y diversos laudos respecto a lo que debe ser considerado el “precio máximo” a que ha señalado en el Reglamento. Este riesgo es bastante serio pues, mientras para un Tribunal Arbitral la contraprestación pactada contractualmente será considerada válida y exigible, bajo un criterio regulatorio del OSIPTEL dicho valor puede ser exponencialmente mayor al tope reglamentario. Peor aún, un Tribunal Arbitral podría aplicar la Metodología bajo ciertos criterios y otro bajo parámetros distintos. Es más, un Tribunal Arbitral podría considerar que la contraprestación pactada en un determinado contrato es fija e inmodificable y otro Tribunal Arbitral, respecto a un planteamiento similar en otro caso, podría estimar que es imperativo que las contraprestaciones varíen en función a las modificaciones que se dispongan normativamente respecto de los valores de las fórmulas. Al final, el grado de incertidumbre y contradicción podría ser tal que, ante infraestructuras similares, AZTECA PERÚ pague a una empresa eléctrica contraprestaciones calculadas en función a un “Na” equivalente a 3 y con los valores originales de las variables “m” y “f”, y a otras en razón a un incorrecto “Na” igual a 1 y con variables sujetas a cambios en el tiempo. Refiere además que, podría haber incluso un Tribunal Arbitral que dicte que las disposiciones del Reglamento no son imperativas.


En atención a lo expuesto, manifiesta que no corresponde la suspensión del procedimiento de solicitud de mandato de compartición de infraestructura; sino, por el contrario, solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL que dicte el mandato requerido, en tanto resulta crucial para redefinir la contraprestación aplicable a la relación de compartición entre ENEL y AZTECA PERÚ.

4.2.3.4 Sobre la aplicación de la normativa vinculada a la emisión de mandatos de interconexión.

AZTECA PERÚ señala que ENEL resaltó que, a diferencia de lo que prevé la normativa vinculada a la emisión de mandatos de interconexión, en donde expresamente se contempla un procedimiento para renegociar condiciones pactadas en los contratos, la normativa referida a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura eléctrica únicamente contempla este supuesto para cuando no exista un contrato que vincule a las partes.

Manifiesta como ya ha sido señalado antes que, la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no sólo se circunscribe a garantizar un acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia en la infraestructura. Ello, atendiendo a que se debe buscar resguardar el interés público protegido, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 32 de 200
	INFORME	

Sobre este punto, refiere que el OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*²⁴. En esa línea, en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Añade que, la diferencia normativa a que se refiere ENEL no implica de forma alguna que el Consejo Directivo del OSIPTEL no cuente con facultades para la emisión de un mandato de compartición en el presente caso.

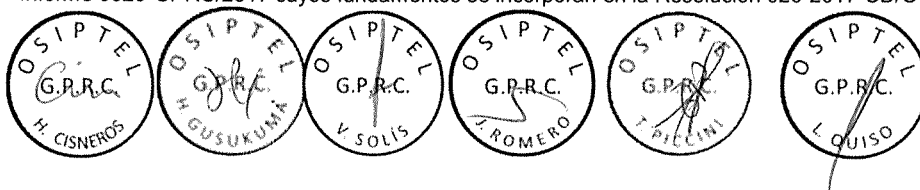
Por otro lado, indica que sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica. No puede compararse el desarrollo normativo de varios años de la interconexión con el reciente marco legal de la Red Dorsal.


Asimismo, señala que su situación se parece más a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Tanto en esos casos como en éste, un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura.

Refiere que la interconexión, si bien contempla a empresas de distinto tamaño (red pequeña busca interconectarse a otra más grande), es más “pareja” en cuanto se interconectan infraestructuras similares, redes de telecomunicaciones, y en donde ambas empresas conocen las características técnicas y regulaciones propias de su sector. Mientras que en este caso, estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.

Señala que, no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de

²⁴ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 33 de 200

información) negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de fibra óptica procuren negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

AZTECA PERÚ manifiesta que no maneja dicha información y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la “colaboración” de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en sus primeras cartas solo plantea a ENEL cómo consideraba debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *“nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos”*. Es pues evidente que si AZTECA PERÚ tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. Señala además que ENEL en ningún momento accedió a proveerle de dicha información, abusando de su posición dominante.

Por lo expuesto, considera que en este caso se requiere mayor protección a aún (si cabe la expresión), que en el caso de la interconexión. Por tanto, la diferencia normativa no solo es impertinente en este contexto sino que más bien corresponde considerar lo inverso, que su situación merece mayor tutela que una vinculada a interconexión de redes de telecomunicaciones, por la diferente naturaleza de la relación que existe entre las empresas (mayor asimetría informativa), semejante a los casos de acceso a infraestructura de transporte e incluso de protección al consumidor.

4.2.4 POSICIÓN DE ENEL (Escrito recibido el 29.12.2017):

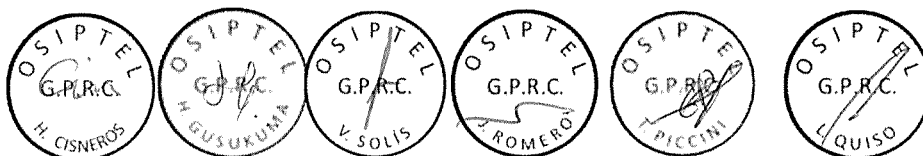
ENEL solicita al Consejo Directivo del OSIPTTEL declare la improcedencia de la solicitud de AZTECA PERÚ.


Manifiesta que ha realizado exposiciones ante el Consejo Directivo en relación a las razones de la improcedencia, por lo que en su escrito resume las siguientes razones:

4.2.4.1 Respecto a que AZTECA PERÚ señala que ya cuenta con los derechos que –contradictoriamente- pide que se creen en el Mandato.

Señala que AZTECA PERÚ no paga a ENEL las facturas correspondientes desde agosto debido a que dicha empresa entiende que la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, que modificó la metodología prevista en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, varió su obligación jurídica de pago prevista en el contrato con ENEL.

Refiere que AZTECA PERÚ solicitó a ENEL “adecuar” el contrato en dicho sentido, pero señalando que no era necesario pues la modificación normativa ya era aplicable. Por ello, a través de su carta del 28 de setiembre de 2017, dejó claro que su solicitud inicial *“no se encuentra referida a la renegociación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo*



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 200

dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica (...)”.

Además, menciona que en la propia solicitud de emisión de mandato AZTECA PERÚ le dice al Consejo Directivo que la precisión del contrato con ENEL “*en estricto no [era] necesaria*”.

Manifiesta que si: (i) AZTECA PERÚ señala que ya cuenta con los derechos que – contradictoriamente- pide que el Consejo Directivo cree en un mandato y (ii) AZTECA PERÚ señala que la modificación del contrato no era necesaria; entonces señala que es evidente que en dicha posición la emisión de un mandato es inútil y, por tanto, improcedente.

Refiere que AZTECA PERÚ en realidad solicita la aplicación de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03 al contrato, situación que no se resuelve a través de la emisión de un mandato (que crea derechos, no reconoce los preexistentes), sino mediante los mecanismos aplicables de solución de conflictos.

Asimismo, ENEL muestra algunas imágenes de los documentos emitidos por AZTECA PERÚ que dan cuenta de las circunstancias descritas:

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

Carta DJ-1258/17


“Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

Es objeto de la presente referimos al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el “Contrato de Compartición”) suscrito según lo dispuesto en la Ley 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el 9 de noviembre de 2015 entre vuestra empresa y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (“Azteca Perú”), en su calidad de operador de la “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, para solicitarles que se proceda a ajustar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura al precio máximo señalado en el numeral 4 del artículo 10 del Reglamento de la Ley 29904, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC (el “Reglamento”), según las disposiciones establecidas para tales efectos por las autoridades del sector.

Al respecto, el artículo 10 del Reglamento establece que el valor que se determine a través de la metodología prevista en el Anexo I de dicha norma constituye el precio máximo que debo cobrarse como contraprestación para retribuir económicamente el uso de infraestructuras de concesionarios de energía eléctrica. El Contrato de Compartición que hemos celebrado está sometido a lo dispuesto en esta norma y las demás disposiciones legales aplicables a la compartición de infraestructura eléctrica, y el cumplimiento de estas reglas se encuentra sujeto a la verificación del OSIPTEL, de conformidad



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 200

con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 29904 y en el artículo 33 del Reglamento.”

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

Carta DJ-1446/17

“Es objeto de la presente referirnos a su comunicación de la referencia 83), en virtud de la cual señalan que los términos del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre su representada y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (el “Contrato de Compartición), particularmente aquellos referidos a la retribución, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.

Al respecto, respetuosamente procedemos a aclarar **nuestra solicitud no se encuentra referida a la renegociación** de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al **cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica** (el “Reglamento”), de manera que la contraprestación a ser pagada a su representada, respete el precio tope resultante de la aplicación de la metodología materia de dicho Reglamento.”


- Extractos de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ:

“5.2.20. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula cuarta y en el Anexo I el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, **en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes**, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.”

(...)

“1.10 En atención a la publicación de la Resolución Viceministerial, el 21 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a ENEL que adecuara las contraprestaciones que periódicamente venía exigiendo al monto que resultaba de la correcta aplicación de la Metodología, conforme a lo dispuesto por el MTC y a los criterios que OSIPTEL había establecido en sendos mandatos de compartición⁶. En ese sentido, **AZTECA buscó que se precisara en el Contrato de Compartición**



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 200

(aun cuando en estricto no fuera necesario), que las contraprestaciones por el uso de los postes y torres de ENEL en ningún caso podían exceder el precio máximo determinado conforme a la Metodología, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.

4.2.4.2 Respecto a que tal como ha sido planteado por AZTECA PERÚ, la materia no es susceptible de mandato.

Refiere que uno de los presupuestos básicos para la emisión de un mandato es que exista previamente la posibilidad y un periodo de negociación sobre la materia. Indica que ello se encuentra expresamente establecido en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Manifiesta que AZTECA PERÚ ha señalado muy claramente que la materia sobre la cual pide el mandato no es susceptible de negociación. Según su posición, ENEL no estaba en posibilidad de negociar, simplemente tenía que hacerle caso.

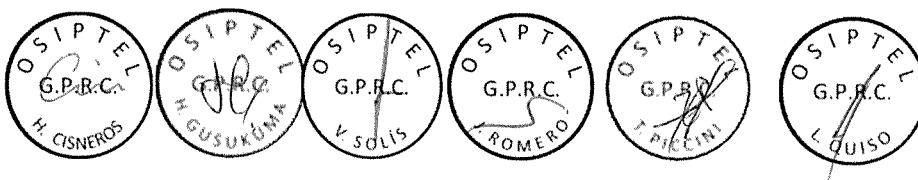
Refiere que como la materia no era susceptible de negociación –pues la posición de AZTECA PERÚ era que simplemente se debía cumplir una nueva norma- no pudo existir periodo de negociación y por lo mismo, no puede existir mandato.


Señala que algunos extractos del escrito de AZTECA PERÚ de noviembre de 2017 dan cuenta de las circunstancias descritas, la cual muestra:

“2.4. En efecto, cuando AZTECA PERÚ solicita en sus comunicaciones que se “adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente”⁶, busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento.”

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

Indica además que acreditan estos hechos los documentos de AZTECA PERÚ cuyos extractos ha presentado anteriormente.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 37 de 200

4.2.4.3 Respecto a que AZTECA PERÚ dejó sin efecto su solicitud de negociación del contrato con ENEL.

ENEL manifiesta que antes del vencimiento del plazo normativo para negociar, AZTECA PERÚ dejó sin efecto su solicitud de negociación, por escrito y de forma clara. Indica que el término usado por AZTECA PERÚ fue que “precisaba” su solicitud original. ENEL entiende que desde el inicio su pedido no implica renegociación de los términos del contrato con ENEL. Asimismo, repite el extracto del texto de la carta de AZTECA PERÚ de setiembre de 2017:

Carta DJ-1446/17

“Es objeto de la presente referirnos a su comunicación de la referencia 83), en virtud de la cual señalan que los términos del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre su representada y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (el “Contrato de Compartición), particularmente aquellos referidos a la retribución, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.

*Al respecto, respetuosamente procedemos a aclarar **nuestra solicitud no se encuentra referida a la renegociación** de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al **cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica** (el “Reglamento”)¹, de manera que la contraprestación a ser pagada a su representada, respete el precio tope resultante de la aplicación de la metodología materia de dicho Reglamento.”*

ENEL manifiesta que no le queda duda que AZTECA PERÚ modificó o dejó sin efecto su solicitud de negociación. Señala que sin negociación previa no puede emitirse un mandato según las reglas establecidas en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

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


ENEL manifiesta que el pronunciamiento del OSINERGMIN establece un criterio para determinar si las entidades públicas –incluyendo a los organismos reguladores– pueden avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado (independientemente de la arbitrabilidad de la materia)²⁵.

Indica que emitido en el marco de una controversia entre un cliente libre del sector eléctrico (Sociedad Minera El Brocal S.A.A.)²⁶, el pronunciamiento del OSINERGMIN marca las reglas a seguir para que una entidad pública evalúe si puede conocer una misma materia que en paralelo sea objeto de un proceso arbitral tramitado por las mismas partes.

²⁵ Cfr. su numeral 4.2 (páginas 22 a 30).

²⁶ Si bien este procedimiento se inició para observar una relación contractual no regulada en precios, la materia de la controversia giró en torno a la aplicación de una norma sectorial: el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 200

Refiere que según señala el pronunciamiento del OSINERGMIN, antes de conocer una determinada controversia, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, la autoridad administrativa debe verificar si se ha acreditado la existencia del convenio arbitral y el eventual inicio del arbitraje:

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

Además, señala que el proceso arbitral se considerará iniciado desde el momento en que la petición de arbitraje haya sido presentada ante el respectivo centro arbitral a cargo del proceso.

Indica que el pronunciamiento del OSINERGMIN enfatiza que, si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida. Para el pronunciamiento del OSINERGMIN, el fundamento de esta posición se deriva del reconocimiento del arbitraje como una expresión de la función jurisdiccional y de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometida a dicho proceso²⁷.

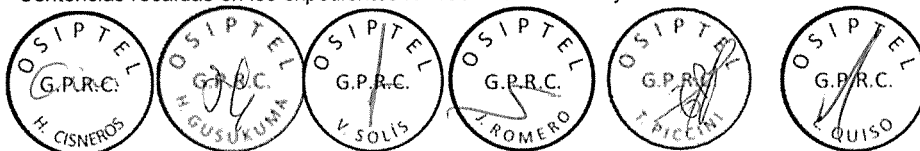
Refiere que bajo esa línea, el pronunciamiento del OSINERGMIN agrega que en aplicación del numeral 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen la facultad exclusiva y excluyente de decidir acerca de las materias de su competencia. Por lo mismo, y conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional²⁸, si se ha iniciado el proceso arbitral, ninguna autoridad administrativa podrá interferir en materias sometidas al arbitraje, correspondiendo ello únicamente a los propios árbitros.


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

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

²⁷ Sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

²⁸ Sentencias recaídas en los expedientes N° 1567-2006-PA/TC y N° 00142-2011-PA/TC.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 200

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

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

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

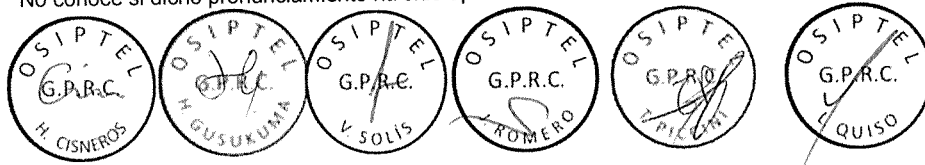
ENEL señala que conforme a lo anterior y siguiendo la línea del pronunciamiento del OSINERGMIN, si una causa –de la misma materia y partes- se encuentra siendo tramitada en la vía arbitral, la misma no podrá ser conocida por un órgano administrativo (independientemente de su competencia para conocer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


Informa al Consejo Directivo del OSIPTTEL de la existencia del pronunciamiento del OSINERGMIN²⁹ y solicita que el sustento de dicha decisión sea analizado en el expediente. Asimismo, manifiesta que el arbitraje entre ENEL y AZTECA PERÚ ya ha sido iniciado, de manera que siguiendo el criterio establecido por el pronunciamiento del OSINERGMIN, se debe evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.

De otro lado, recuerda que el Reglamento General del OSIPTTEL permite al regulador suspender los procedimientos en trámite si existe un proceso judicial sobre la misma materia:

*“Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTTEL y suspensión de procedimientos (...)
Los órganos del OSIPTTEL suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial”.*

²⁹ No conoce si dicho pronunciamiento ha sido apelado.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 200

Además, señala que por efectos de la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (también mencionada en el pronunciamiento del OSINERGMIN), las referencias normativas a los jueces pueden también entenderse referidas a un tribunal arbitral³⁰.

4.2.5 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

4.2.5.1 Sobre la inexistencia de negociación entre las partes con anterioridad al inicio del procedimiento de emisión de mandato.

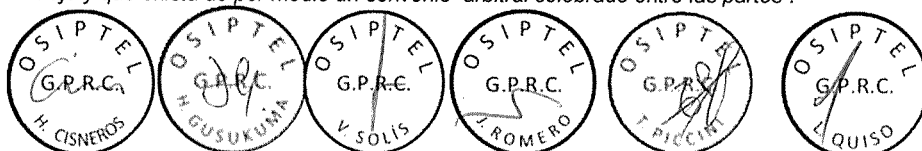
ENEL ha indicado que no ha existido negociación de por medio entre ENEL y AZTECA PERÚ, sino un mero requerimiento de esta última donde solicita a ENEL que cumpla con determinadas disposiciones legales que a su entender deben ser aplicadas.


Al respecto, de la apreciación de las posiciones expuestas por las partes desde la carta DJ-1258/17 de AZTECA PERÚ y las cartas posteriores, se observa lo siguiente: (i) que AZTECA PERÚ solicita a ENEL reducir el valor de las contraprestaciones mensuales del Contrato, y (ii) que ENEL rechaza dicha solicitud en tanto no transcurran los primeros tres (3) años de la vigencia del Contrato.

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

En una situación ordinaria, el periodo de treinta (30) días hábiles previsto en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 debería haber permitido que las partes, mediante el intercambio de ideas, perfilaran sus respectivos argumentos para que la otra parte tenga certidumbre de sus respectivos alcances. No obstante, en el presente caso, ambas partes adoptaron posiciones que dificultaron la posibilidad de proporcionarse las explicaciones respectivas. Por un lado, AZTECA asumió que el mandato que anunció que podía solicitar al OSIPTEL (en su carta DJ-1258/17), podría tener efectos sobre situaciones anteriores a su eventual emisión, como se deduce de su decisión de devolver facturas emitidas por ENEL. Por otro lado, ENEL expresó una posición según la cual la referida contraprestación mensual no podía ser materia de revisión durante los primeros tres (3) años de la vigencia del Contrato.

³⁰ Ley de Arbitraje: “cuarta [disposición complementaria]: Juez y tribunal arbitral. A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes”.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 200

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

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

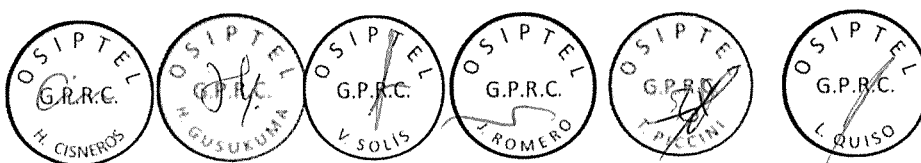
En el presente caso, la solicitud de emisión de mandato ha sido formulada por AZTECA al OSIPTTEL luego de transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles previsto en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904, con lo cual se ha cumplido con el requisito legal respectivo, según se ha señalado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


4.2.5.2 La solicitud de AZTECA PERÚ para que se disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de ENEL.

AZTECA PERÚ ha formulado una solicitud para que el OSIPTTEL disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de ENEL. Al respecto, cabe señalar que este extremo de la solicitud será analizado en el punto relativo al riesgo que implica para la RDNFO la falta de acuerdo entre las partes para modificar el Contrato. En ese sentido, en el presente acápite del Informe (4.2.5) solo se analiza los extremos de la solicitud de AZTECA PERÚ vinculados a la modificación de las condiciones económicas del Contrato.

4.2.5.3 Cuestionamiento de la competencia del OSIPTTEL para modificar las condiciones de un contrato de acceso y uso de infraestructura creado bajo el marco de la Ley N° 29904.

Respecto a lo señalado por ENEL respecto a que la Ley N° 29904 no otorgaría al OSIPTTEL la competencia para modificar acuerdos contractuales para el acceso y uso vigentes, se debe señalar en primer término, que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Convenio (en el año 2015), establecían lo siguiente:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 200

- El acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- La determinación de las referidas contraprestaciones se sujeta a la metodología que establezca el Reglamento de la Ley N° 29904 (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- El OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de las reglas antes citadas sobre la contraprestaciones periódicas por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias (artículo 32 de la Ley N° 29904).
- El resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904).


Bajo dicho contexto, la suscripción y vigencia del Contrato no limita a AZTECA PERÚ a requerir a ENEL durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones acordadas en el Contrato y, en su caso, a arribar al acuerdo complementario respectivo. Se debe mencionar que en lo que se refiere a la infraestructura que es compartida en virtud del Contrato, la negociación o requerimiento para la variación de las condiciones inicialmente acordadas, se debe sujetar también a las disposiciones de la Ley N° 29904, considerando que las partes crearon su relación de compartición (en el año 2015) al amparo de la citada Ley.

Cabe indicar que el marco legal definido por la Ley N° 29904, no limita a que un contrato de compartición únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de compartición, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones jurídicas³¹. En ese sentido, las partes de un contrato de compartición, durante su ejecución, pueden celebrar contratos que dispongan la modificación, regulación o extinción de la respectiva relación jurídica. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.

Es preciso señalar que durante el transcurso de una relación de compartición, algunas condiciones que en el inicio pudieron haber sido eficientes y promovían una mayor competencia en los mercados de telecomunicaciones, pueden devenir en discriminatorias y/u originar ineficiencias que perjudiquen a algunos operadores de telecomunicaciones frente a otros. Asimismo, los acuerdos pueden contener condiciones que constituyan una aplicación incorrecta de las reglas a las cuales debe

³¹ Cfr. con el artículo 1351 del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 200

ceñirse una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 y que impidan concretar los fines que ésta persigue. En ese sentido, los términos de la relación de compartición creada por las partes, pueden terminar dañando el proceso competitivo.

Bajo dicho contexto, se considera que la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a ENEL con fecha 21 de agosto del 2017 (mediante carta DJ-1258/17), constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, el rechazo de ENEL al referido requerimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles deriva en una falta de acuerdo que faculta al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato, a fin de decidir sobre las condiciones económicas de la contraprestación periódica del Contrato que AZTECA PERÚ considera necesario modificar, regular o extinguir.


Consecuentemente, a través de un mandato de compartición que el Consejo Directivo del OSIPTEL emita con sujeción a la Ley N° 29904 y su Reglamento, será posible modificar la relación de compartición creada por el Contrato en lo que se refiere a la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura que es objeto de compartición.

Se precisa que la emisión de mandatos de compartición sustituye la voluntad de las partes en una intervención subsidiaria del OSIPTEL cuando las partes no han llegado a acuerdo luego del período de negociación respectivo. En ese sentido, la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 es estricta respecto de su texto, por cuanto en ésta se menciona la inexistencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición. Como se ha señalado en párrafos precedentes, el “contrato” es un concepto que tiene una definición legal, que implica el *“acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*

En el caso materia de análisis no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales. Dicha lectura, además de inconsistente con el concepto legal de “contrato”, sería inconsistente con la finalidad de la Ley N° 29904, que tutela el “acceso y el uso” de la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de “Banda Ancha” y ésta es, según el artículo 4 de la referida Ley la conectividad de datos principalmente a Internet que, entre otras características, debe ser *permanente* y permitir al usuario estar *siempre en línea*.

Elo únicamente será viable si las relaciones de compartición de infraestructura establecidas para hacer posible la provisión de Banda Ancha, son sostenibles en el tiempo. Dicha sostenibilidad puede requerir que las referidas relaciones, en el tiempo, sean reguladas, modificadas o incluso extinguidas, en acuerdos posteriores al que determinó su creación.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 200

Por consiguiente, 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.

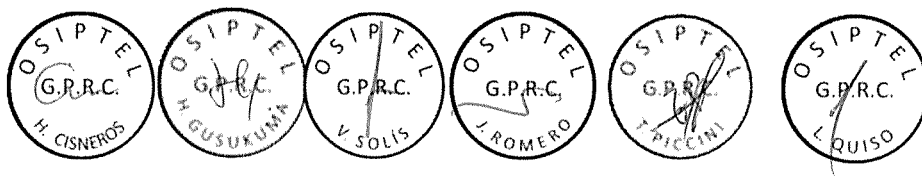
Finalmente, se debe señalar que las competencias con las que cuenta el OSIPTEL en materia de interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones no son ejercidas en el presente procedimiento. Dicha materia cuenta con una regulación propia que difiere de la regulación sobre compartición de infraestructura para el despliegue de redes de banda ancha, que corresponde al presente caso. La intervención del OSIPTEL en la vía de mandato en esta última materia, se sustenta en la base legal referida en el presente numeral.


4.2.5.4 Posibilidad de inicio de un procedimiento de solución de controversias para discutir la pretensión de AZTECA PERÚ.

La función de solución de controversias se encuentra definida en el artículo 3.1, literal e), de la Ley N° 27332 como aquella que *“comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados (...)”*. No obstante, en el presente procedimiento no se analiza la eventual actividad que corresponda realizar al OSIPTEL en la vía de solución de controversias respecto de algún extremo de la solicitud formulada por AZTECA PERÚ, toda vez que ello debe ser determinado por los órganos funcionales competentes.

Sin embargo, es necesario precisar que la función de solución de controversias no es la que corresponde ejercer al OSIPTEL en cumplimiento del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904. En efecto, los mandatos son una manifestación de la función normativa con la que cuenta el OSIPTEL en su condición de Organismo Regulador y sólo a través de dichos mandatos, ante la falta de acuerdo entre las partes y de manera subsidiaria, el OSIPTEL puede dictar reglas que, una vez vigentes, las partes deben aplicar para su respectiva relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En ese sentido, el hecho que AZTECA PERÚ y/o ENEL tenga posiciones contrapuestas derivadas de su relación de compartición de infraestructura que el OSIPTEL pueda conocer en ejercicio de su función de solución de controversias, no inhabilita a este Organismo Regulador a ejercer su función normativa, en cuyo marco emite mandatos. Es claro además que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, como los Cuerpos Colegiados o el Tribunal de Solución de Controversias, carecen de la función normativa por ser ésta exclusiva del Consejo Directivo, conforme



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 200

lo establece el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM³².

En consecuencia, no corresponde declarar improcedente la solicitud de AZTECA PERÚ respecto de la modificación de las condiciones económicas aplicables a la contraprestación mensual del Contrato suscrito con ENEL. Se reitera que en el presente procedimiento el OSIPTEL ejerce una función normativa respecto de la solicitud antes mencionada, que es exclusiva del Consejo Directivo.

4.2.5.5 Implicancias del arbitraje solicitado por ENEL luego de iniciado el presente procedimiento de emisión de mandato.

ENEL ha iniciado un arbitraje en cuya virtud solicita al OSIPTEL que no se pronuncie en el presente procedimiento.

Al respecto, se debe señalar, en primer término, que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL.

En ese sentido, se debe señalar que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo. Ello, conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG³³.

Asimismo, se debe tener en cuenta que cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en *una ley o en mandato judicial expreso*, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUO de la LPAG³⁴. Respecto de lo cual, se debe señalar los siguientes dos puntos:

- (i) No se tiene conocimiento de la existencia de alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza en el presente procedimiento, la atribución antes señalada.

En particular, no se verifica el supuesto de conflicto con la función jurisdiccional al que hace mención el artículo 73.1 del TUO de la LPAG³⁵. Si bien existe una

³² "Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

³³ "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo."


³⁴ "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

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

³⁵ "Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 200

cuestión litigiosa entre ENEL y AZTECA PERÚ que la primera ha sometido a arbitraje (luego de iniciado el presente procedimiento); se debe señalar que la modificación de una condición contractual y, por ende, el cambio de la configuración de la relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904; implica para el OSIPTEL el ejercicio de la función normativa que le asignan las leyes N° 27332 y N° 29904 –en una intervención subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de una de éstas- con la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional³⁶.

En ese sentido, la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional para que el OSIPTEL emita su pronunciamiento: el marco legal antes citado es claro sobre la atribución que debe ejercer este Organismo Regulador en la vía de mandato, respecto de las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura que se sujeta a la Ley N° 29904.

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

derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.”

³⁶ “Artículo 1. Objeto de la Ley

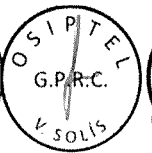
El propósito de la Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento “Artículo 2. Promoción de la Banda Ancha


El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente.

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

- i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.
- ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.”



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 47 de 200

cumplimiento al régimen económico previsto en los artículos 58 al 65 de la Constitución.

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

- (ii) A la fecha del presente informe, tampoco se ha recibido notificación de algún mandato judicial expreso que disponga que el OSIPTEL no ejerza la atribución en mención.

En consecuencia, no existe a la fecha ninguna situación que justifique que el OSIPTEL suspenda el presente procedimiento y no ejerza la atribución de decidir sobre las condiciones económicas (precio máximo) que, una vez vigente la decisión que se adopte en el mandato respectivo, correspondan ser aplicadas en la relación de compartición de infraestructura existente entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Finalmente, cabe señalar que los argumentos expuestos por AZTECA PERÚ respecto de la aplicación que considera correcta de la Metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, serán analizados en acápite subsiguientes del presente informe.

4.2.6 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


4.2.6.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 4 recibido el 06.02.2018).

A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA NEGOCIACIÓN INFRUCTUOSA ENTRE LAS PARTES.

AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato se reconoció que su representada solicitó que se reduzca la contraprestación mensual por uso compartido de infraestructura, lo cual dio inicio a una etapa de negociación con ENEL para la modificación de las condiciones económicas del Contrato de Compartición, lo que según refiere queda claro, con independencia del texto literal de la solicitud. En ese escenario, AZTECA PERÚ manifiesta que la Gerencia afirmó que si durante los treinta (30) días con lo que cuentan para negociar, las partes tienen un limitado acercamiento, dicha situación no inhabilita al OSIPTEL, para que, a través del Consejo Directivo, pueda intervenir en la configuración de la relación jurídica a través de la emisión de un mandato.

Refiere que conforme fue señalado en su Escrito N° 3 y en la audiencia de informe oral, el periodo de negociación entre las dos partes se inició cuando AZTECA PERÚ solicitó una modificación en la retribución pactada inicialmente, con independencia de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 48 de 200

que no se haya utilizado expresamente la palabra “negociar” en las comunicaciones que cursó con ENEL. Señala que precisamente, más allá del léxico empleado en las diversas cartas cursadas, resulta evidente de su simple lectura que la intención y finalidad de AZTECA PERÚ era que se adecúen las condiciones económicas del Contrato de Compartición, lo cual es suficiente para que se inicie una negociación entre ambas partes, pues AZTECA PERÚ manifiesta que hizo una nueva propuesta (vinculada a la contraprestación) para que rija en la relación de compartición.

AZTECA PERÚ señala que cuando solicitó en sus comunicaciones que se “*adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente*”³⁷, buscó que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento. Señala además, que de modo alguno, puede alegarse que dichas comunicaciones no tenían como finalidad causar un cambio en la relación que mantienen ambas empresas, dado que existe un planteamiento expreso de AZTECA PERÚ para que ENEL acceda a modificar la contraprestación que hasta ese momento venía cobrándose, con el fin de que se respetara el precio máximo legal previsto en el ordenamiento.


Indica además que en el Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ reiteró en todas sus comunicaciones que dejaba a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL para que determine cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura a través de la emisión de un mandato. Dicha situación, según AZTECA PERÚ hace aún más evidente que se encontraba negociando un cambio en el Contrato de Compartición y que en todo momento advirtió a ENEL que, de no arribar a un acuerdo, solicitaría la intervención del Consejo Directivo.

Señala que los argumentos de ENEL cuestionando la existencia de una negociación infructuosa, sólo por la falta del uso de la palabra “negociación” en sus comunicaciones, son un reflejo de la falta de sustento en su posición. Refiere además, que ENEL únicamente busca distraer la atención del Consejo Directivo del tema de fondo, que es: **que están exigiéndoles el pago de una contraprestación por lo menos tres veces mayor al precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología.** Por ello, AZTECA PERÚ advierte que hace bien la Gerencia del OSIPTEL en no dejarse confundir con estas desesperadas alegaciones de la contraparte.

Por lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, sobre la existencia de una negociación entre AZTECA PERÚ y ENEL durante un periodo de treinta (30) días antes de que se presentara una solicitud de mandato, en la cual las partes no pudieron arribar a un acuerdo respecto de la modificación de la retribución por el uso compartido de infraestructura. De ese modo, señala que se puede advertir con claridad que se cumplieron con los requisitos legales para que se solicite al Consejo Directivo la

³⁷ Ver Cartas DJ-1258/17 del 21 de agosto de 2017 y DJ-1293/17 del 29 de agosto de 2017.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 200

emisión de un mandato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 del Reglamento.

B. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN.

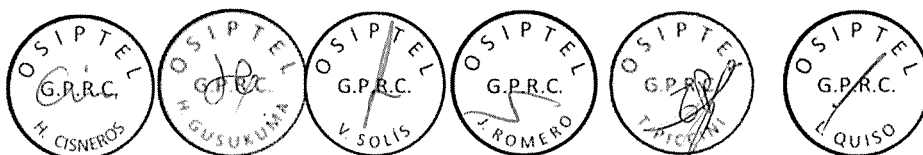
AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato se concluyó correctamente que el Consejo Directivo se encuentra plenamente facultado para modificar una relación de compartición sujeta a la Ley No. 29904 (la "Ley de Banda Ancha") y su Reglamento, ante la negociación infructuosa planteada por una de las partes para modificar la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura. En consecuencia, manifiesta que se confirmó que el OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.


Adicionalmente, AZTECA PERÚ indica que siempre ha sostenido que el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. Ello, en tanto la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas.

AZTECA PERÚ señala que en esa línea, coincide en que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierte la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la cual podría incluso estar vulnerando un interés público protegido. Señala además que dicha situación se evidencia en el presente caso, pues: AZTECA PERÚ solicitó a ENEL la modificación de los términos contractuales referidos a la contraprestación por el uso de infraestructura, en tanto justamente excedía el precio máximo establecido por el marco regulatorio, lo que, a su vez, implicaba una vulneración a un interés público mayor.

Adicionalmente, manifiesta que se debe tener en cuenta que el marco normativo que regula las relaciones de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de comunicaciones, ya sea bajo la Ley No. 28295 o la Ley de Banda Ancha, no limitan de modo alguno que alguna de las partes pueda plantear modificaciones a los términos inicialmente incluidos en los contratos de compartición durante su ejecución. Refiere además, que ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú. Por lo mismo, señala que ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo de OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos en ejercicio de su función normativa, la que ha sido expresamente encomendada por ley al ente regulador.

Manifiesta que si bien es cierto que todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 200

aceptar los nuevos términos planteados³⁸, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias o una vía distinta a la emisión de un mandato por el Consejo Directivo impidiendo con ello que éste ejerza la función normativa que le ha conferido la ley y desconociendo, en la práctica, dicha potestad. Señala que en primer lugar se debe observar que no se pone en discusión la interpretación del texto original del contrato; y, en segundo lugar, se advierte que no está ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de ENEL y/o de AZTECA PERÚ, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes, para la ejecución de un proyecto de interés nacional³⁹.

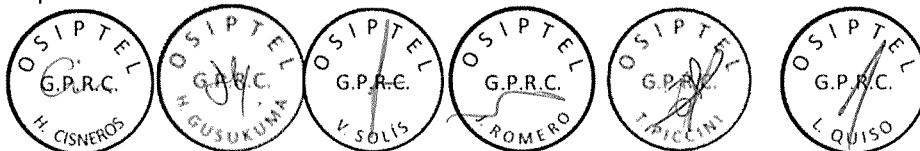
Manifiesta además que sobre este punto, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁴⁰, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo frente a la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al Organismo Regulator para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**


AZTECA PERÚ, señala que es importante tener en cuenta que **el fin propio de OSIPTEL, encomendado en exclusiva a esta entidad, es resguardar el interés público protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.** Por tanto, en atención a su función normativa - regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe **redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.**

³⁸ Directivo en defecto de acuerdo entre las partes, no correspondiendo que la cuestión se resuelva por un mecanismo de solución de controversias aplicable a una materia no regulada pues claramente no es el caso.

³⁹ La infraestructura eléctrica de ENEL tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que la "idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio **cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes** (énfasis agregado). Bajo este régimen, "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)" (énfasis agregado). [JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press. 2016. p. 387 y PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo III. 15a Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 12]

⁴⁰ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 51 de 200
	INFORME	

En tal sentido, manifiesta que queda claro que, a nivel comercial, es posible plantear la renegociación de los términos pactados originalmente en el Contrato de Compartición en cualquier momento (más aún cuando ello obedece al cumplimiento de disposiciones imperativas que resguardan la protección de un interés público) y que en caso las partes no lleguen a un acuerdo frente al nuevo planteamiento, el ordenamiento jurídico actual recoge la posibilidad de acudir al Consejo Directivo para que emita un mandato y defina así si corresponde o no acoger la propuesta.

En atención a lo expuesto, AZTECA PERU coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA PERÚ y ENEL no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicita al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura, en este caso, modificando la contraprestación fijada a fin de que observe el precio máximo legal.


C. SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE INICIADO POR ENEL.

AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se concluyó que no existe situación alguna que justifique que el Consejo Directivo no ejerza su competencia normativo-regulatoria para modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición suscrito entre AZTECA y ENEL. Ello, toda vez que: (i) no existe alguna ley que disponga que OSIPTEL no ejerza su competencia; y, (ii) tampoco han sido notificados con algún mandato judicial que les ordene no emitir un pronunciamiento respecto de la presente controversia; los cuales constituyen los únicos supuestos por los que OSIPTEL no ejercería su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 72.2 del artículo 72 del Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (“TUO LPAG”).

Asimismo, refiere que coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL en este extremo. Indica además que el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien tiene la competencia exclusiva para modificar las condiciones económicas en una relación de compartición vigente, por lo que la inhibición de sus atribuciones debe encontrarse sustentada en una ley o mandato judicial. Teniendo en cuenta lo anterior, manifiesta que no existe supuesto alguno para que el Consejo Directivo no ejerza su competencia en el presente caso, conforme está establecido en el numeral 72.2 del artículo 72 de TUO LPAG.

Adicionalmente a lo anterior, señala que para que exista un conflicto con la función jurisdiccional no basta con que exista cualquier proceso judicial o arbitral en trámite entre las partes, sino que se debe cumplir concurrentemente con los requisitos señalados en el artículo 73 del TUO LPAG, entre los que se encuentra que: (i) la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado; y, (ii) la necesidad de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 200

obtener un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional para resolver la cuestión en sede administrativa.

Además, manifiesta que ciertamente no está ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición respecto de la contraprestación máxima que AZTECA PERÚ debe abonar a ENEL por la compartición de su infraestructura, puesto que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento fijan expresamente la existencia de un precio máximo en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, manifiesta que en el fuero arbitral no puede discutirse cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, pues en ello hay un interés público involucrado, que obedece a la naturaleza misma de la materia regulada (tope a la contraprestación por acceso) y debe ser cautelado por el Consejo Directivo del OSIPTEL, siendo por ello evidente que no se trata de una cuestión de derecho privado.


Asimismo, refiere que las materias sometidas por ENEL en el fuero arbitral son las mismas que se están discutiendo en el presente procedimiento de mandato de compartición (situación que ya ha sido advertida en el arbitraje y respecto de lo cual se ha solicitado al Tribunal Arbitral no prosiga con el arbitraje por ser evidentemente incompetente). Con ello, señala que no existe controversia arbitral que tenga que ser necesariamente resuelta de manera previa antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado. Además, indica que en el presente procedimiento la pretensión de AZTECA PERÚ es que se modifique la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas, lo cual es de estricta competencia del Consejo Directivo de OSIPTEL y no del Tribunal Arbitral, pues están referidas al ejercicio de sus atribuciones normativas-regulatorias.

AZTECA PERÚ refiere además que de acuerdo con lo que ha señalado, coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005- GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL respecto de que no existe alguna situación que justifique la inhibición del Consejo Directivo para emitir un Mandato de Compartición y que tampoco se ha verificado un supuesto de conflicto con la función jurisdiccional. En consecuencia, solicita al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura.

D. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL CONSEJO DIRECTIVO Y LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

AZTECA PERÚ manifiesta que en el Proyecto de Mandato se señala expresamente lo siguiente: “en el presente procedimiento no se analiza la eventual actividad que corresponde realizar al OSIPTEL en la vía de solución de controversias respecto de algún extremo de la solicitud formulada por AZTECA”. En atención a ello, refiere que la Gerencia del OSIPTEL fue clara en manifestar que, sólo a través de un mandato de compartición, luego de verificarse la falta de acuerdo entre las partes, el Consejo Directivo tiene la facultad de dictar reglas que se apliquen en la relación de compartición, lo cual constituye la pretensión de AZTECA PERÚ en el presente procedimiento.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 53 de 200

Refiere que las posiciones contrapuestas que tienen AZTECA PERÚ y ENEL se encuentran referidas a la modificación de la contraprestación pactada inicialmente, por lo que corresponde que el Consejo Directivo, en ejercicio de su exclusiva función normativa, emita un mandato. Por ende, constituye el fuero competente para conocer la solicitud de AZTECA PERÚ, para adecuar la retribución al precio máximo legal.

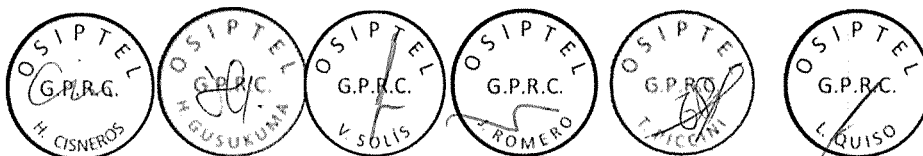
Señala además que en atención a lo señalado, coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL, en tanto la presente controversia no debe ser resuelta en el fuero de solución de controversias, pues se encuentra referida a una solicitud para modificar la contraprestación del Contrato de Compartición ante una negociación infructuosa entre AZTECA PERÚ y ENEL.


E. SOBRE LA VIGENCIA MÍNIMA DE LA CONTRAPRESTACIÓN PACTADA POR USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA.

AZTECA PERÚ manifiesta que en el Proyecto de Mandato, la Gerencia del OSIPTEL enfatiza que el Contrato de Compartición que suscribió con ENEL se sujeta a lo establecido en la Ley de Banda Ancha. Por ello, sobre la contraprestación por uso de infraestructura, indica que un pacto debe respetar: (i) la existencia de un precio máximo que se determine en aplicación de la Metodología consignada en el Anexo 1 del Reglamento, (ii) la modificación por resolución viceministerial de los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” de la Metodología; y, (iii) el principio de “No Discriminación” respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones.

Refiere además, que el Proyecto de Mandato es claro en señalar que el principio de “No Discriminación” resguarda que no co-existan en el mercado contratos de compartición que fijen contraprestaciones inamovibles en el tiempo, cuando las otras relaciones de compartición (creadas por mandatos o contratos) establecen retribuciones menores en atención a la modificación de los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” de la Metodología. En tal sentido, manifiesta que la Gerencia del OSIPTEL considera que fijar contraprestaciones inamovibles en el tiempo atenta contra el principio de “No Discriminación”, por lo que tal inamovilidad no puede constituir una excusa por parte de ENEL para no atender el pedido de AZTECA PERÚ de modificación de la retribución del Contrato de Compartición.

Asimismo, señala que ENEL no puede continuar exigiendo una contraprestación superior al precio máximo legal que sea determinado en aplicación de la Metodología en función a que el Contrato de Compartición establece la inamovilidad de la retribución por tres años. Ello, no sólo debido a que dicha cláusula vulnera el principio de “No Discriminación”, sino porque la contraprestación que se propone modificar siempre ha sido superior al precio máximo legal, por lo que dicha cláusula contemplaría la inamovilidad de una retribución excesiva que contraviene la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, siendo necesaria su modificación para adecuarse a la regulación, como lo ha solicitado AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 200

En consecuencia, AZTECA PERÚ indica que coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL, en tanto el Contrato de Compartición se sujeta a la Ley de Banca Ancha y su Reglamento y, por ende, no podría contravenir las disposiciones y principios vinculados a la contraprestación por uso compartido de infraestructura. Por tanto, el numeral (i) de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición que inmoviliza la retribución pactada por AZTECA PERÚ y ENEL no debe ser tomado como un impedimento para la emisión de un mandato que modifique la contraprestación, a fin de que se sujete al marco normativo vigente.

F. SOBRE LAS DISCREPANCIAS QUE PUDIERAN TENER AZTECA PERÚ Y ENEL SOBRE LOS MONTOS FACTURADOS ANTES DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN.

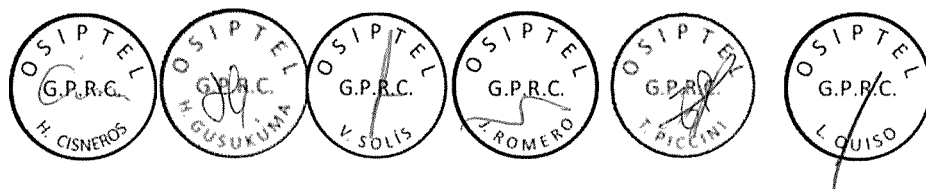
AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica que “*los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato*”. De ese modo, señala que las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo.


Manifiesta que si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y ENEL sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente.

AZTECA PERÚ señala que los efectos del mandato de compartición no son retroactivos, pero indica que es necesario que el Consejo Directivo reconozca que las partes tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias que puedan tener respecto a los montos ya facturados en otro fuero.

De ese modo, indica que no corresponde que el Consejo Directivo analice situaciones hipotéticas sobre qué es lo que cada una de las partes debe realizar para minimizar el riesgo operativo de la Red Dorsal, pues ello podría constituir una controversia entre las partes que deberá ser resuelta en el fuero correspondiente. Así pues, a través del mandato de compartición solicitado, únicamente se busca que se establezca la contraprestación por uso de infraestructura, modificando el Contrato de Compartición para que no supere el precio máximo legal.

AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que precise en el mandato de compartición que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato de Compartición, en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 55 de 200

4.2.6.2 COMENTARIOS DE ENEL (Escrito s/n recibido el 06.02.2018).

A. EL PROYECTO DE MANDATO NO ANALIZA UN ARGUMENTO ESENCIAL PLANTEADO POR ENEL Y POR LO TANTO DEBE EMITIRSE UN PROYECTO COMPLEMENTARIO QUE SE PRONUNCIE AL RESPECTO PARA QUE SE RESPETEN LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO.

ENEL señala que con fecha 29 de diciembre de 2017, presentó un escrito a los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL solicitando que se declare la improcedencia de la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ.

Indica que como parte de sus argumentos centrales, adjuntó la Resolución N° 5-2015-OS//CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) (en adelante, “Pronunciamiento OSINERGMIN”) que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje. ENEL adjunta el siguiente texto:

OSIPTEL	
CARGO	RECIBIDO
2017 DIC 29	2017 DIC 29
Sumilla:	Expediente: 0000-2017-CD-GPRC/MC
Azteca	Solicita declaración de improcedencia de solicitud de mandato de Azteca Comunicaciones
<p>A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:</p> <p>ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, “ENEL”), en el procedimiento iniciado por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (“Azteca”) de emisión (incorrecta) de un mandato de uso compartido de infraestructura.</p> <p>I. PETITORIO</p> <p>Que el Consejo Directivo de OSIPTEL declare la IMPROCEDENCIA de la solicitud de Azteca.</p> <p>ENEL ha realizado exposiciones ante el Consejo Directivo en relación a las razones de la improcedencia. En el presente escrito resumimos dichas razones y adjuntamos la Resolución 5-2015-OS//CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN (en adelante, el “Pronunciamiento OSINERGMIN”) que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje. Como conoce el Consejo Directivo, la materia de este procedimiento se encuentra en discusión en un arbitraje ya iniciado.</p>	

Señala que su petitorio estaba basado principalmente en el Pronunciamiento OSINERGMIN como nueva prueba para que sea valorada antes de la emisión del Proyecto de Mandato. Refiere que en su escrito incluyó una sección específica donde realizó un desarrollo detallado de dicha resolución (apartado “2.4. Osinergmin ha emitido una decisión según la cual al existir un arbitraje en paralelo, la entidad administrativa no puede decidir sobre la materia”).

En dicha oportunidad, refiere que dedicó varias páginas a exponer los alcances de la citada resolución, acreditando que otro organismo regulador ya había adoptado la posición que venía sosteniendo y solicitó expresamente que dicha prueba sea valorada en la emisión del Proyecto de Mandato, tal y como se puede apreciar a continuación:



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

El Pronunciamiento OSINERGMIN establece un criterio para determinar si las entidades públicas -incluyendo a los organismos reguladores- pueden avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado (independientemente de la arbitrabilidad de la materia)⁴¹.

(...)

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

(...)

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

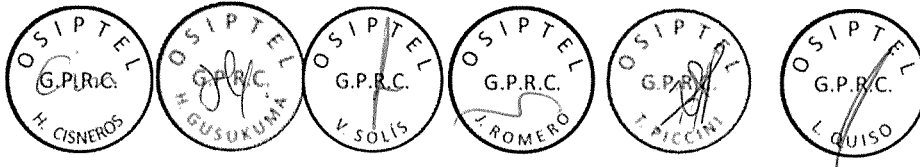
Informamos al Consejo Directivo de la existencia del Pronunciamiento OSINERGMIN⁴¹ y solicitamos que el sustento de dicha decisión sea analizado en el presente expediente. Como es de conocimiento de OSIPTEL, el arbitraje entre ENEL y Azteca ya ha sido iniciado, de manera que siguiendo el criterio establecido por el Pronunciamiento OSINERGMIN, se debe evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.


ENEL manifiesta que no obstante de haberlo solicitado expresamente en su escrito de fecha 29 de diciembre de 2017, el Proyecto de Mandato no ha analizado en ningún extremo de su texto los alcances del Pronunciamiento OSINERGMIN, argumentos que fueron utilizados por ENEL como prueba importante durante el procedimiento. Indica que le llama poderosamente la atención que respecto de los otros puntos mencionados en su escrito de fecha 29 de diciembre de 2017, el Proyecto de Mandato sí se haya pronunciado en este caso, con lo cual parecería ser que existe una manifiesta intención de omitir analizar el Pronunciamiento OSINERGMIN.

Refiere además que si bien el Informe N° 00005-GPRC/2018 que sustenta el Proyecto de Mandato cita como parte de su posición a dicha resolución y los argumentos que de ella se desprenden (páginas 20, 21 y 22), en la sección en la cual se expone la posición del OSIPTEL sobre las implicancias del arbitraje solicitado por ENEL (numeral 4.2.5.5. del referido informe) no se hace ninguna evaluación y/o análisis sobre los argumentos señalados por ENEL y mucho menos sobre lo señalado por OSINERGMIN en el Pronunciamiento OSINERGMIN.

Indica que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 6-2017-JUS (en adelante, "LPAG"), establece que las actuaciones de las entidades como el OSIPTEL deben necesariamente comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados⁴¹, lo cual refiere que claramente no ha sucedido en el presente caso.

⁴¹ Ver numeral 5.4 de la LPAG:



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 57 de 200

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

Señala que en el presente caso, no se ha respetado dicho principio en la medida que el Proyecto de Mandato no ha analizado en ningún extremo un argumento central de la posición de ENEL, a pesar de estar obligado a ello. Indica que para la emisión del Proyecto de Mandato se requiere precisamente haber evaluado todas las cuestiones planteadas por ambas partes, sin excepción alguna. En el presente caso, manifiesta que ello no se ha cumplido.

Señala que siendo ello así, a fin de salvaguardar su derecho a presentar pruebas, alegatos y a recibir una decisión debidamente motivada que recoja todas las cuestiones planteadas por ENEL, **SOLICITA** al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL se sirva emitir un proyecto de mandato complementario que analice detalladamente su argumento sobre el arbitraje basado en lo señalado en el Pronunciamiento OSINERGMIN.

Adicionalmente señala que la emisión de dicho proyecto de mandato complementario deberá otorgar un plazo razonable para poder realizar sus comentarios al respecto, conforme a las reglas del debido procedimiento establecidas en la LPAG.


B. POSICIÓN LEGAL DE ENEL.

ENEL refiere que según los Antecedentes que describe en su escrito, la solicitud de AZTECA PERÚ sobre el ajuste de la Retribución pactada en el Contrato tiene el siguiente sustento:

- a) La RVM habría modificado el valor de la variable “f de la Fórmula a 18.3% y el valor de la variable “m” de la Fórmula a 84.3% para infraestructura de media y alta tensión. En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que la Retribución debe ser modificada.
- b) La RVM habría señalado que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Fórmula, debe ser igual a tres (3). En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que la Retribución debe ser modificada.

“5.4. El contenido debe comprender todas las cuestiones de, hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición, y en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes”.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 58 de 200

Señala que partiendo de dichos argumentos y de los Antecedentes indicados en su escrito, expone su posición legal sobre el particular:

B.1 El procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para aquello que solicita AZTECA PERÚ.

ENEL manifiesta que ya se ha iniciado un proceso arbitral para la controversia en cuestión y no corresponde que el OSIPTEL emita un pronunciamiento al respecto, refiere además que el procedimiento iniciado por AZTECA PERÚ para la emisión de un mandato de compartición, no constituye la vía legal pertinente para discutir lo solicitado por dicha empresa.

Asimismo, indica que el procedimiento para la emisión del mandato de compartición se encuentra previsto en el artículo 25° del Reglamento, conforme al siguiente texto:

“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”. (Subrayado agregado por ENEL).

ENEL señala que de acuerdo con dicha normativa, se tiene -en términos generales- el siguiente procedimiento para la emisión del mandato de compartición: **i)** presentación de requerimiento de acceso; **ii) período de negociación** de los términos de acceso y **iii)** solicitud al OSIPTEL en caso de falta de acuerdo en el período de negociación.

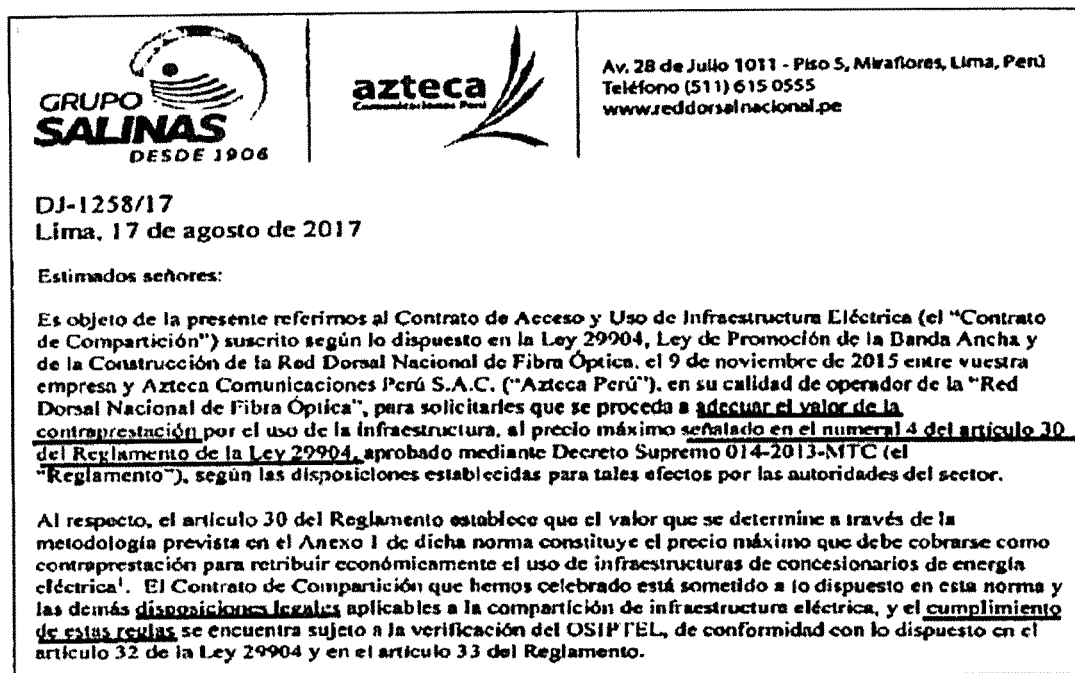
Asimismo, indica que el numeral 25.2 del Reglamento, dispone que luego de presentada la solicitud, los concesionarios tendrán un plazo de treinta (30) días hábiles para la negociación correspondiente, de forma previa a la emisión del mandato. En esa línea, manifiesta que queda claro que la negociación de los términos de acceso entre las partes constituye un requisito previo y necesario para la emisión de un mandato por parte del OSIPTEL.

ENEL, sin embargo, señala que en el presente caso no ha existido ninguna negociación de por medio entre ENEL y AZTECA PERÚ, sino un mero requerimiento



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 59 de 200


de esta última donde solicita a su empresa que cumpla con determinadas disposiciones del Reglamento que, a su entender, deben ser aplicadas. En efecto, a partir de las cartas remitidas por AZTECA PERÚ, dicha empresa no solicita una nueva negociación sobre los términos del Contrato, sino que requiere la aplicación de la RVM que modifica el Anexo 1 del Reglamento. Lo anterior se evidencia en la siguiente carta⁴²:





Asimismo, manifiesta que la posición de AZTECA PERÚ es que ENEL debería supuestamente adecuarse a lo establecido en el numeral 3 del artículo 30° del Reglamento; es decir, se encuentra ante una controversia sobre la aplicación o no de una disposición normativa a la Retribución estipulada en el Contrato. Tan es así que no existió ninguna negociación, que la propia AZTECA PERÚ lo ha reconocido expresamente en una de sus comunicaciones:

⁴² Los textos de las capturas de pantalla no son necesariamente correlativos con el original. Esta regla se aplica a todas las imágenes incluidas en su carta.




	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 200



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

Indica que en la referida carta, AZTECA PERÚ reconoce que no está solicitando una nueva negociación de los términos del Contrato, sino que únicamente requiere que ENEL cumpla con ciertas disposiciones reglamentarias que a su criterio deben ser observadas. En ese sentido, manifiesta que si para AZTECA PERÚ no estaban ante una (re)negociación de los términos del Contrato, ¿por qué entonces ha solicitado la emisión de un mandato no habiendo cumplido con la exigencia legal del período de negociación?

Señala además que la posición de AZTECA PERÚ (no había nada que negociar, solo solicita la aplicación de una nueva norma) está también reflejada en su solicitud de emisión de mandato, tal como se aprecia en el siguiente extracto:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 61 de 200
	INFORME	

 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
<p>5.2.20. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula cuarta y en el Anexo I el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, <u>en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes</u>, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.</p>		


ENEL manifiesta que como no escapará al criterio del Consejo Directivo de OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición se justifica precisamente en la falta de acuerdo durante el periodo de negociación entre las partes. Dicha emisión por parte del OSIPTEL asume y/o presupone la existencia de una negociación previa de los términos a ser modificados en el Contrato como requisito indispensable para la posterior emisión del mandato, así como la obvia necesidad de que se trate de materias respecto de las cuales las empresas puedan negociar.

Asimismo, expresa que en el presente caso, AZTECA PERÚ ha venido sosteniendo que no requería la negociación de los términos ya estipulados en el Contrato, sino una directa adecuación a la normativa que, a su criterio, correspondía aplicar. En consecuencia, al estar ambas empresas de acuerdo en que no hubo ninguna negociación al respecto, queda claro entonces que, conforme al Reglamento, no corresponde la emisión de un mandato de compartición. De hecho, según la posición de AZTECA PERÚ, no había nada que negociar. No era posible negociar debido a que lo que AZTECA PERÚ pedía la aplicación de una norma, a su criterio, aplicable a la Retribución del Contrato.

Asimismo, refiere que lo señalado anteriormente no ha sido desarrollado ni analizado por el Proyecto de Mandato, a pesar de que éste menciona la existencia de una supuesta negociación previa a la vía de solicitud de mandato, cuando en realidad ello no ha ocurrido en el presente caso. Señala que al revisar el contenido de las sucesivas cartas enviadas por AZTECA PERÚ, queda claro que ésta dejó sin efecto su solicitud de negociación. Esto tampoco ha sido evaluado en el Proyecto de Mandato.

Señala además, que se encuentran ante una controversia sobre la aplicación o no de una disposición normativa ante lo estipulado en el Contrato sobre la Retribución. Siendo ello así, la vía pertinente para discutir las cuestiones que AZTECA PERÚ



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 200

plantea no es el procedimiento para la emisión de mandato, sino la de solución de controversias ante un Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO).

Refiere que de acuerdo con el literal f), artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 8-2001-PCM, el OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las controversias “relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”.

Asimismo, expresa que el Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL, también establece que el OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.


Manifiesta que a pesar de la claridad de la norma, el Proyecto de Mandato únicamente hace referencia a la definición de la función de solución de controversias prevista en la Ley N° 27331, la cual tiene un carácter general y no detalla los alcances de dicha función que sí contemplan las normas especiales citadas anteriormente⁴³. Por ello, indica que una cita parcial de una ley no puede servir de sustento para descartar el empleo de una vía legal pertinente como lo es la función de solución de controversias bajo el ámbito del OSIPTEL.

Adicionalmente a ello, señala que sin perjuicio del arbitraje iniciado, AZTECA PERÚ -siendo consistente con la posición que ha expresado- debió solicitar al OSIPTEL la designación de un CCO para que resuelva la controversia suscitada. En efecto, aun en la posición de fondo -errada- de AZTECA PERÚ, sus pedidos debieron ser encausados dentro de un procedimiento de solución de controversias. El inicio de un procedimiento de mandato es inconsistente con la posición expresada por AZTECA PERÚ.

Refiere que sin perjuicio del arbitraje ya iniciado previamente por ENEL, ha quedado demostrado que el procedimiento para la emisión de un mandato de compartición no es la vía legal pertinente ante el OSIPTEL para discutir las cuestiones planteadas por AZTECA PERÚ. Por lo tanto, señala que el Consejo Directivo del regulador debe desestimar la solicitud de dicha empresa y, en todo caso, AZTECA PERÚ deberá decidir si inicia un procedimiento ante un CCO designado por el OSIPTEL, órgano que deberá pronunciarse sobre los efectos jurídicos del arbitraje iniciado por ENEL. Señala además que conforme a lo descrito y acreditado, en el presente caso el Consejo Directivo carece de competencia para la emisión de un mandato de compartición.

⁴³ Ver página 43 del Informe N° 00005-GPRC/2018.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 63 de 200

B.2 No existe sustento normativo para la emisión de un mandato de modificación de un contrato de acceso.

ENEL manifiesta que en el marco de la interconexión de redes de telecomunicaciones, el OSIPTEL está facultado a emitir mandatos de interconexión ante la ausencia de acuerdos entre dos operadores de telecomunicaciones. La normativa faculta a OSIPTEL a crear una relación jurídica de interconexión.

Asimismo, refiere que adicionalmente, la normativa de interconexión también faculta a emitir mandatos complementarios que permiten modificar relaciones de interconexión previamente establecidas, por contrato o por mandato. Esta facultad extraordinaria se encuentra en el artículo 46° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución 134- 2012-CD/OSIPTEL:

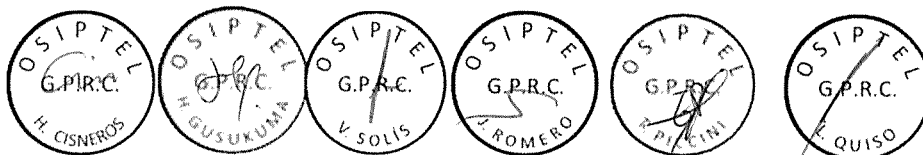
“Artículo 46 - Procedimiento de modificación del contrato o mandato de interconexión.


46.1. En caso uno o más operadores de servicios públicos de telecomunicaciones requieran, durante la ejecución del Proyecto Técnico de Interconexión, introducir modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos de la interconexión, el operador u operadores interesados procederán, de inmediato, a informar al otro u otros operadores sobre dichas modificaciones, adjuntando la propuesta de modificación del contrato o mandato de interconexión, con copia al OSIPTEL.

46.2. El operador u operadores notificados tendrán un plazo de quince (15) días calendario, contado desde la fecha de recepción de la propuesta, para aceptar o rechazar las modificaciones propuestas con copia al OSIPTEL. En caso de aceptación, los operadores procederán a suscribir un acuerdo de interconexión que incorpore dichas modificaciones el cual estará sujeto a lo establecido en el Artículo 57. En caso de rechazo, las partes procurarán conciliar las divergencias dentro del plazo de quince (15) días calendario, contados desde la fecha de recepción del rechazo, transcurrido el cual sin que las partes lleguen a un acuerdo, a solicitud de una o de ambas, el OSIPTEL, después de haber considerado los puntos de vista de las partes interesadas, emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto en el Artículo 51 de la presente norma. Los plazos para aceptar o rechazarlas modificaciones propuestas o para conciliar las divergencias sólo podrán ser prorrogados por un periodo adicional de quince (15) días calendario, si ambas partes mediante comunicación conjunta o individual manifiestan su intención en ese sentido.

46.3. Si el operador u operadores notificados no cumplen con aceptar o rechazar las modificaciones propuestas dentro del plazo establecido, a solicitud de una o de ambas partes, el OSIPTEL emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto por el Artículo 51”

ENEL indica que el OSIPTEL ha señalado que es esta norma (antes incluida en el artículo 40° de las Normas de Interconexión) la que le permite emitir mandatos que



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 64 de 200

modifiquen contratos o mandatos de interconexión, tal como se aprecia en la Resolución 59-2005-CD/OSIPTEL:

“3.5. Aplicación del artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión

(...)

(iv) Si bien existe un contrato de interconexión aprobado por OSIPTEL, el artículo 40° [hoy artículo 46] del TUO de las Normas de Interconexión contiene un supuesto específico para la modificación de la relación de interconexión. Como se ha indicado, este procedimiento ha previsto la negociación y otorgado a la intervención de OSIPTEL un carácter subsidiado. (...)

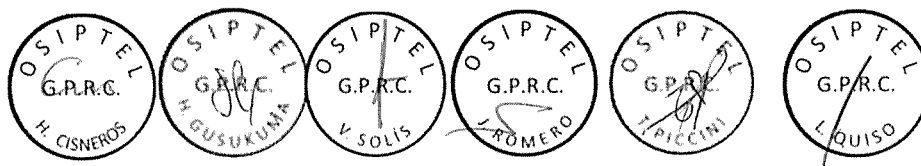
Ahora bien, debe indicarse que el artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión se encuentra vigente desde la versión inicial del Reglamento de Interconexión (artículo 32°). En ese sentido, se encontraba vigente al momento que las partes suscribieron los contratos de interconexión, y por lo tanto, tenían conocimiento de sus alcances. No obstante, con la finalidad de otorgar predictibilidad a las decisiones sobre el particular, este organismo deja claramente establecido que la aplicación del artículo 40° del TUO de las Normas de Interconexión se circunscribe estrictamente a las modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos de la interconexión, tal como lo prevé el citado artículo.”


Asimismo, refiere que en el marco del acceso a infraestructura de instalaciones eléctricas, el marco normativo no ha facultado al OSIPTEL para la modificación de relaciones de acceso previamente establecidas por contrato.


Indica que dicho de otra manera, el OSIPTEL cuenta con la facultad de emitir mandatos de interconexión que modifiquen relaciones de interconexión creadas por contrato; pero no cuenta con la misma facultad respecto de relaciones de acceso creadas por contrato, como ocurre con el Contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Manifiesta que en el marco de interconexión el OSIPTEL cuenta con facultades mayores, que implican incluso la aprobación de los contratos de interconexión, situación que no ocurre en el régimen de los contratos de acceso a infraestructura. Es por ello que la normativa no faculta al regulador, en el marco de las normas de acceso de infraestructura, a modificar por mandato las relaciones previamente creadas por contratos (que no requieren aprobación de OSIPTEL para su eficacia).

Asimismo, refiere que el Proyecto de Mandato contiene una interpretación que contraviene el Principio de Legalidad previsto en la LPAG. En efecto, señala que el razonamiento de la GPRC se puede apreciar en el siguiente extracto:



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 65 de 200

	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 109

Es preciso señalar que durante el transcurso de una relación de compartición, algunas condiciones que en el inicio pudieron haber sido eficientes y promovían una mayor competencia en los mercados de telecomunicaciones, pueden devenir en discriminatorias y/u originar ineficiencias que perjudiquen a algunos operadores de telecomunicaciones frente a otros. Asimismo, los acuerdos pueden contener condiciones que constituyan una aplicación incorrecta de las reglas a las cuales debe ceñirse una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 y que impidan concretar los fines que ésta persigue. En ese sentido, los términos de la relación de compartición creada por las partes, pueden terminar dañando el proceso competitivo.


Bajo dicho contexto, se considera que la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a ENEL con fecha 21 de agosto del 2017 (mediante carta DJ-1258/17), constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, el rechazo de ENEL al referido requerimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles deriva en una falta de acuerdo que faculta al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato, a fin de decidir sobre las condiciones económicas de la contraprestación periódica del Contrato que AZTECA PERÚ considera necesario modificar, regular o extinguir.

Consecuentemente, a través de un mandato de compartición que el Consejo Directivo del OSIPTEL emita con sujeción a la Ley N° 29904 y su Reglamento, será posible modificar la relación de compartición creada por el Contrato en lo que se refiere a la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura que es objeto de compartición.

Asimismo, ENEL señala que el razonamiento de la GPRC para sustentar la legalidad de su intervención para modificar los términos del Contrato mediante la emisión de un mandato, es el siguiente: i) los acuerdos pueden contener condiciones que pueden estar siendo aplicados de forma incorrecta; ii) existe una solicitud de AZTECA PERÚ para variar las condiciones del acuerdo; iii) ENEL habría rechazado dicho requerimiento; iv) por lo tanto, ese rechazo faculta al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato.

Manifiesta además que el Proyecto de Mandato parece no haber considerado que la única forma que habilita al OSIPTEL a intervenir en este caso es la existencia de una norma con rango de ley que permita a dicha entidad a emitir mandatos de compartición que modifiquen una relación de compartición previamente establecida por las partes. Indica que como ha señalado anteriormente, ello solo ocurre en el caso de relaciones de interconexión y no así en la compartición de infraestructura eléctrica.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 200

ENEL señala que el sustento de la GPRC en el Proyecto de Mandato está basado en una mera interpretación de los hechos y de algunas normas que no aplican en el presente caso, lo cual NO tiene ningún respaldo en el Principio de Legalidad previsto en la LPAG. Reitera, que ninguna norma con rango de ley permite la intervención del OSIPTEL en un caso como éste. Señala que en todo el texto del Proyecto de Mandato no se ha citado ninguna norma que habilite dicha intervención; así como manifiesta que las entidades pueden realizar actuaciones e intervenciones sí y sólo si éstas se encuentran amparadas en el Principio de Legalidad que rige a la actuación de las entidades públicas.

Además señala que de no existir una norma con rango de ley que habilite a la entidad a realizar cierta intervención, ésta se encuentra prohibida de hacerlo, tal y como sucede en el presente caso. En consecuencia, señala que el Consejo Directivo del OSIPTEL deberá abstenerse de emitir un mandato de compartición para el presente caso, al no existir una ley que otorgue dicha facultad expresa a la referida entidad.

B.3 Al amparo de la Cláusula Décimo Sexta, ENEL ya inició un proceso arbitral para determinar si jurídicamente es posible modificar la Retribución en el Contrato. En consecuencia, el presente procedimiento debe ser suspendido.

ENEL manifiesta que con fecha 20 de octubre de 2017, inició un proceso arbitral contra AZTECA PERÚ ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, al amparo del convenio arbitral pactado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, cuyo texto establece lo siguiente:

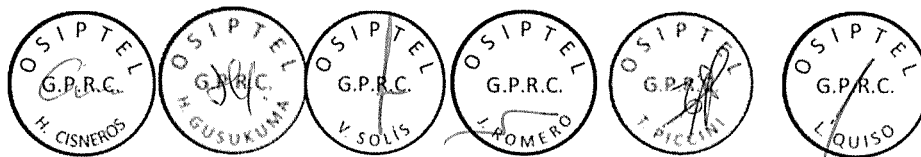
“Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje


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

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

Así las cosas, nuestra demanda arbitral incluyó las siguientes pretensiones:

“Primera pretensión principal: que el Tribunal Arbitral declare que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, la Retribución acordada en el Contrato entre Enel y Azteca no puede ser modificada por la Resolución ni por cualquier otra norma posterior, por el período



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 67 de 200

mínimo de tres (3) años contados a partir del 9 de noviembre de 2015, esto es, hasta el 8 de noviembre de 2018.

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: que en el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral declare que no resulta aplicable el artículo 62° de la Constitución Política del Perú a la Retribución pactada en el Contrato y, por ende, la Resolución y cualquier otra norma posterior pueden modificar la Retribución, que se ordene a Azteca pagar a Enel una compensación o indemnización dinerada que resulte del diferencial entre la Retribución y la nueva contraprestación dinerada que fije la Resolución u otra norma posterior por el periodo contractual del 9 de agosto de 2017 hasta el 8 de noviembre de 2018.

Segunda pretensión principal: que Azteca pague los costos y costas del arbitraje”.

Señala que la controversia suscitada entre AZTECA PERÚ y ENEL por la modificación de la Retribución en el Contrato ya viene siendo tramitada en la vía arbitral, iniciada de forma válida por ENEL.

En consecuencia, solicita al OSIPTEL que suspenda el procedimiento de emisión de mandato de compartición iniciado por AZTECA PERÚ, hasta que el Tribunal Arbitral resuelva la controversia existente entre ambas empresas en torno a la aplicación de la Retribución pactada en el Contrato por el referido plazo mínimo.

Refiere además que existe un precedente determinante en el presente caso. En efecto, mediante el Pronunciamiento OSINERGMIN se señaló expresamente que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje.

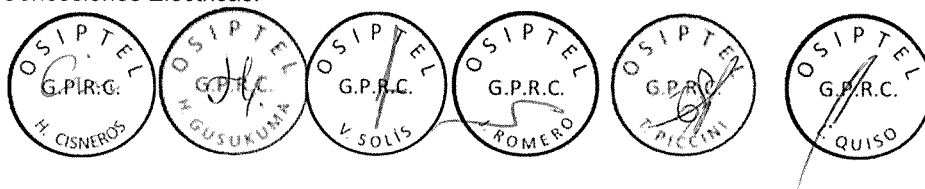
Indica que el Pronunciamiento OSINERGMIN establece un criterio para determinar si las entidades públicas -incluyendo a los organismos reguladores- pueden avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado (independientemente de la arbitrabilidad de la materia)⁴⁴.


Asimismo, ENEL señala que emitido en el marco de una controversia entre un cliente libre del sector eléctrico (Sociedad Minera El Brocal S.A.A.) y su generador suministrador (Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.)⁴⁵, el Pronunciamiento OSINERGMIN marca las reglas a seguir para que una entidad pública evalúe si puede conocer una misma materia que en paralelo sea objeto de un proceso arbitral tramitado por las mismas partes.

Indica que según señala el Pronunciamiento OSINERGMIN, antes de conocer una determinada controversia, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Legislativo

⁴⁴ Cfr. su numeral 4.2 (páginas 22 a 30).

⁴⁵ Si bien este procedimiento se inició para observar una relación contractual no regulada en precios, la materia de la controversia giró en torno a la aplicación de una norma sectorial: el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 200

1071, Ley de Arbitraje, la autoridad administrativa debe verificar si se ha acreditado la existencia del convenio arbitral y el eventual inicio del arbitraje:

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

ENEL refiere que el proceso arbitral se considerará iniciado desde el momento en que la petición de arbitraje haya sido presentada ante el respectivo centro arbitral a cargo del proceso.

Señala que el Pronunciamiento OSINERGMIN enfatiza que, si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida. Para el Pronunciamiento OSINERGMIN, el fundamento de esta posición se deriva del reconocimiento del arbitraje como una expresión de la función jurisdiccional y de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometidas a dicho proceso⁴⁶.

Además, refiere que bajo esa línea, el Pronunciamiento OSINERGMIN agrega que en aplicación del numeral 1 del artículo 41° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, los árbitros tienen la facultad exclusiva y excluyente de decidir acerca de las materias de su competencia. Por lo mismo, y conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional⁴⁷, si se ha iniciado el proceso arbitral, ninguna autoridad administrativa podrá interferir en materias sometidas al arbitraje, correspondiendo ello únicamente a los propios árbitros.

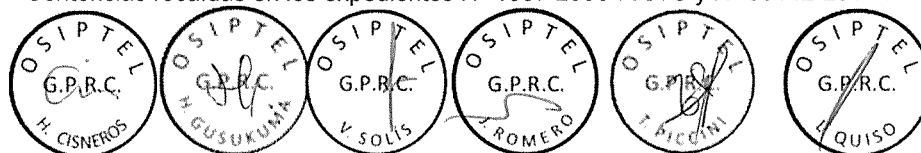
Manifiesta que siendo así, el Pronunciamiento OSINERGMIN sostiene que las actuaciones arbitrales no pueden ser cuestionadas sino a través de otras vías (fuera del ámbito de actuación de la Administración) especialmente previstas para tal fin, tales como las excepciones de competencia y el recurso de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


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

Concluye entonces el Pronunciamiento OSINERGMIN que, más allá de si la Administración tiene competencia para conocer la materia controvertida, en tanto ésta

⁴⁶ Sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

⁴⁷ Sentencias recaídas en los expedientes N° 1567-2006-PA/TC y N° 00142-2011-PA/TC.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 200

sea abordada en un proceso arbitral ya iniciado, la Administración no podrá avocarse su conocimiento. Señala que lo contrario implicaría desobedecer una norma imperativa, así como la jurisprudencia vinculante y la doctrina especializada.

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

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

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

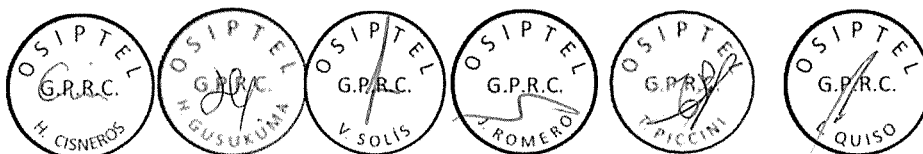
ENEL informa al Consejo Directivo de la existencia del Pronunciamiento OSINERGMIN⁴⁸ y solicita que el sustento de dicha decisión sea analizado en el presente expediente. Refiere además que como es de conocimiento del OSIPTTEL, el arbitraje entre ENEL y AZTECA PERÚ ya ha sido iniciado, de manera que siguiendo el criterio establecido por el Pronunciamiento OSINERGMIN, se debe evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.


Refiere además, que el Reglamento General del OSIPTTEL permite al regulador suspender los procedimientos en trámite si existe un proceso judicial sobre la misma materia:

“Artículo 108- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTTEL y suspensión de procedimientos (...)

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

⁴⁸ No conocemos si dicho pronunciamiento ha sido apelado.




	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 70 de 200

ENEL manifiesta que por efecto de la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (también mencionada en el Pronunciamiento OSINERGMIN), las referencias normativas a los jueces pueden también entenderse referidas a un tribunal arbitral⁴⁹.

Asimismo, señala que sobre la base de lo anterior, de no suspender el presente procedimiento, existe el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia.

B.4 Según el Proyecto de Mandato, sólo por ley (o mandato judicial), el OSIPTEL puede dejar de ejercer sus atribuciones en un procedimiento. En el presente caso, esa ley existe y es la Ley General de Arbitraje, de manera que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el procedimiento de emisión de mandato.

ENEL manifiesta que el Proyecto de Mandato establece lo siguiente:

	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 109
<p>Asimismo, se debe tener en cuenta que cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en <u>una ley o en mandato judicial expreso</u>, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TEO de la LPAG³⁴. Respecto de lo cual, se debe señalar los siguientes dos puntos:</p> <p>(i) <u>No se tiene conocimiento de la existencia de alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza en el presente procedimiento, la atribución antes señalada.</u></p>		


Manifiesta que como se puede apreciar, el OSIPTEL sostiene que para suspender su actuación en el procedimiento de emisión de mandato de compartición, debe existir una ley que lo permita o un mandato judicial expreso.

Indica que en el presente caso, existe una ley que habilita la suspensión de la actuación del OSIPTEL en el presente procedimiento. El numeral 1 del artículo 41° de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros tienen la facultad exclusiva y excluyente de decidir acerca de las materias de su competencia.

ENEL manifiesta que al existir un arbitraje en curso, sí existe una ley según la cual el OSIPTEL debe abstenerse de ejercer sus atribuciones, con lo cual se cumple el requisito señalado por dicha entidad en el Proyecto de Mandato.

⁴⁹ Ley de Arbitraje: "Cuarta [disposición complementaria]: Juez y tribunal arbitral. A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes."



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 71 de 200

B.5 Sin perjuicio de la falta de idoneidad de la vía legal erradamente usada por AZTECA PERÚ, la modificación del valor de las variables “f” y “m” de la Fórmula no justifica legalmente la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.

ENEL manifiesta que sus argumentos sobre este punto serán discutidos en la vía arbitral, conforme lo ha señalado anteriormente.

Refiere además, sin perjuicio de que: a) el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente; y b) en el plano normativo, bajo la argumentación de AZTECA PERÚ, la vía administrativa idónea ante el OSIPTEL a fin de discutir las cuestiones planteadas por AZTECA PERÚ es el procedimiento de solución de controversias, expondrá a continuación el sustento por el cual no procede la modificación de la Retribución pactada en el Contrato por ambas partes.

Señala que como ha indicado en los Antecedentes de su escrito, el día 5 de agosto de 2017 se publicó la RVM mediante la cual se modificó el valor de la variable “f” de la Fórmula a 18.3% para infraestructura de media y alta tensión, y el valor de la variable “m” a 84.3% para el mismo tipo de infraestructura.

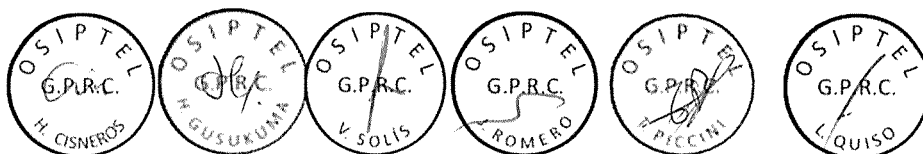
Asimismo, manifiesta que en aplicación de las normas constitucionales y legales aplicables, lo solicitado por AZTECA PERÚ es improcedente. En efecto, el Contrato establece válidamente un plazo mínimo de tres (3) años en el que la Retribución no puede ser modificada.


ENEL indica que la modificación de la Fórmula establecida por el Reglamento rige para los contratos de acceso y uso de infraestructura que se celebren a partir de su entrada en vigencia, o para los contratos que contengan cláusulas de adecuación automática a los cambios de la Fórmula. En consecuencia, a la fecha, la Retribución pactada en el Contrato no puede ser materia de modificación.

Expresa que para sustentar lo anterior, ENEL presentó en su escrito del 29 de diciembre de 2017 todo el marco constitucional, regulatorio y contractual que resulta aplicable en el presente caso. De hecho, el Proyecto de Mandato⁵⁰ hace referencia a dicho sustento en parte de su texto. Sin embargo, al exponer la posición del OSIPTEL, no se dice nada respecto al marco constitucional y contractual que debe observarse en esta relación de compartición.

Manifiesta que el Proyecto de Mandato se ha limitado a realizar un análisis normativo de la Ley N° 29904, omitiendo que en el presente caso claramente concurren aspectos constitucionales y contractuales que deben ser considerados en el análisis del Proyecto de Mandato, lo cual no ha sucedido en el presente caso.

⁵⁰ Ver páginas 66-78 del Informe N° 00005-GPRC/2018.




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 200

Asimismo, señala que el Proyecto de Mandato argumenta que la modificación de la retribución pactada es posible a partir de una interpretación que realiza al amparo de la Ley N° 29904 y su Reglamento⁵¹, utilizando como argumento central la aplicación de un principio como el de No Discriminación, como si la modificación del contrato se resolviera solo con aplicar principios y normas.

Refiere además, que nos encontramos ante un contrato que se rige también por el Código Civil y por las garantías consagradas en la Constitución Política del Perú, lo cual no ha sido tomado en cuenta en absoluto por el Proyecto de Mandato, a pesar de que tales cuestiones han sido alegadas por ENEL durante todo el procedimiento de emisión de mandato.

Expresa que dentro de su sustento meramente normativo, el Proyecto de Mandato ha realizado una interpretación cuestionable a fin de justificar su intervención en el Contrato, lo cual se puede apreciar en el siguiente texto⁵²:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 79 de 109

De esta manera, la normativa bajo la cual las partes suscriben el contrato, salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos. Dicha disposición vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del Contrato, supone que no pueden co-existir en el mercado ciertos contratos, con valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo, con otras relaciones de compartición (contratos o mandatos) con valores de contraprestaciones que resulten menores a dichos valores inamovibles, en el caso de modificatorias a los valores de los parámetros m, l, h, y f de la fórmula establecida en el referido Anexo 1, que sean consideradas sólo para algunos contratos.


Dicha situación podría significar eventualmente un trato discriminatorio por efectos de un menor precio fijado en otras relaciones de compartición, en las que si se hayan considerado los valores vigentes para los parámetros m, l, h, y f, al momento de la suscripción de algún otro contrato, o de la emisión de un mandato de compartición, en la que también intervenga el mismo concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos que tiene pactado con otro operador de telecomunicaciones, contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo. Claramente dicha situación atenta contra el referido principio de "No Discriminación" que subyace al referido artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904, normativa conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.

Señala que a decir de la GPRC, la cláusula pactada entre AZTECA PERÚ y ENEL referida a la revisión de los importes fijados luego de tres (3) años atentaría contra el

⁵¹ Ver página 78 y siguientes del Informe N° 00005-GPRC/2018.

⁵² Ver páginas 79 y 80 del Informe N° 0005-GPRC/2018.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 73 de 200

principio de “No Discriminación”, debido a que el Contrato coexistiría con otros acuerdos con valores de contraprestación menores a los valores inamovibles.

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

Señala que en efecto, si el OSIPTEL puede alterar cualquier relación de compartición previamente acordada por las partes y en cualquier momento, ¿cuál es entonces la utilidad de realizar negociaciones y celebrar contratos de compartición?


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

4.2.6.3 COMENTARIOS DE ENEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito s/n recibido el 20.02.2018).

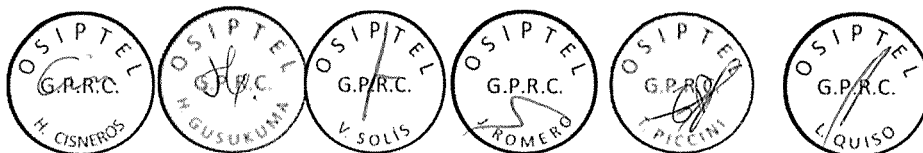
- **SOBRE EL INTENTO DE AZTECA DE APLICAR RETROACTIVAMENTE LOS EFECTOS DEL MANDATO A TRAVÉS DE UN MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**


ENEL manifiesta que en el hipotético caso que el OSIPTEL decida emitir un mandato de uso compartido a pesar de que existe un arbitraje en curso iniciado por ENEL, deberá tener en cuenta que AZTECA PERÚ ha dejado en evidencia que pretende realizar una indebida aplicación retroactiva del mandato que sería emitido por dicha entidad.

Refiere además que el Proyecto de Mandato establece claramente lo siguiente:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 109

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:
Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.





	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 200

Señala que la posición del OSIPTEL es que los efectos del posible mandato no pueden ser aplicados a situaciones previas a su emisión, y consecuentemente, aquellos efectos sólo pueden ser aplicados a futuro, a partir de su entrada en vigencia.

ENEL manifiesta que sin perjuicio de que está en desacuerdo con la emisión de un mandato en el presente caso, por los argumentos expuestos en anteriores escritos, lo señalado en este punto por la GPRC en el Proyecto de Mandato es correcto.

Indica que pretender que los efectos de un eventual mandato también apliquen a relaciones o situaciones anteriores a su emisión, implicaría una clara contravención al Principio de Seguridad Jurídica.


Asimismo, señala que es claro que un mandato no puede ser aplicado retroactivamente y aun cuando AZTECA PERÚ lo ha reconocido en el Escrito de AZTECA PERÚ, le llama poderosamente la atención el intento de dicha empresa de someter dicha cuestión a un mecanismo de solución de controversias:

		Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
<p>8.2. Si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato <u>es correcto</u>, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA y ENEL sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser <u>discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente</u>.</p> <p>8.3. En efecto, si bien AZTECA entiende que los efectos del mandato de <u>compartición no son retroactivos</u>, es necesario que el Consejo Directivo reconozca que las partes tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias que puedan tener respecto a los montos ya facturados en otro fuero.</p>		


ENEL refiere que AZTECA PERÚ está de acuerdo en que un eventual mandato no puede ser aplicado retroactivamente por las partes, pero al mismo tiempo solicita que el Consejo Directivo reconozca por escrito que dicha empresa tiene derecho a discutir la aplicación retroactiva del mandato en el fuero de solución de controversias.

Señala además que no existe, pues, nada más contradictorio e incongruente que AZTECA PERÚ manifieste su aceptación a la irretroactividad del mandato, pero luego cambie completamente de discurso solicitando que se precise la posibilidad de cuestionar dicha irretroactividad en la vía de solución de controversias, dado su interés de aplicar las nuevas fórmulas a los montos ya facturados.




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 75 de 200
	INFORME	

Asimismo, ENEL manifiesta que le llama la atención que en su solicitud de emisión de mandato, AZTECA PERÚ requiera que la nueva Metodología sea aplicada automáticamente, es decir, que se aplique inclusive antes de la emisión del mandato con el pronunciamiento de OSIPTEL:




GRUPO SALINAS
DESDE 1906



azteca
Comunicaciones Perú

Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú
Teléfono (511) 615 0555
www.reddorsalnacional.pe



Solicitud de Mandato de Comparación

5.4.3. En efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Comparación, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definiere en su aplicación OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos de OSIPTEL implican un recálculo automático del precio top, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA y ENEL.


También señala que la solicitud de AZTECA PERÚ en el presente procedimiento siempre pretendió que el Consejo Directivo se pronuncie absolutamente sobre todas las cuestiones relativas a la modificación de la retribución, incluyendo la oportunidad y el momento en el cual, a su criterio, deberían aplicarse los presuntos nuevos valores.



Manifiesta que desde un inicio la pretensión de AZTECA PERÚ ha sido que el Consejo Directivo se pronuncie sobre la viabilidad de la modificación de la retribución mensual y que declare expresamente que se debe realizar un "recálculo automático" en las facturas emitidas por ENEL a propósito de la relación contractual que tienen.

Siendo ello así, ENEL señala que le sorprende que AZTECA PERÚ ahora se rectifique y pretenda cambiar su discurso mantenido durante todo el procedimiento, al señalar que dicha materia ya no debe ser evaluada por el Consejo Directivo, sino que debe ser discutida por ambas empresas en el fuero de solución de controversias pactado en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica.

Manifiesta que con ello queda en evidencia el doble discurso de AZTECA PERÚ. Por un lado, desarrolla textos en los cuales explica por qué el Consejo Directivo tiene la facultad exclusiva para emitir un mandato. Ello se puede apreciar en diversos fragmentos de sus cartas anteriores, pero especialmente en el escrito de AZTECA PERÚ:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 76 de 200
	INFORME	


 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
<p>2.6. Sobre este punto, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁴, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.</p> <p>2.7. Es importante tener en cuenta que el fin propio de OSIPTEL, encomendado en exclusiva a esta entidad, es resguardar el <u>interés público</u> protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal. Por tanto, en atención a su función normativa - regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe <u>redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.</u></p> <p>3.4. Al respecto, ciertamente no estamos ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición respecto de la contraprestación máxima que AZTECA debe abonar a ENEL por la compartición de su infraestructura, puesto que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento fijan expresamente la existencia de un precio máximo en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, en el fuero arbitral no puede discutirse cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, pues en ello hay un interés público involucrado, que obedece a la naturaleza misma de la materia regulada (tope a la contraprestación por acceso) y debe ser cautelado por el Consejo Directivo del OSIPTEL, siendo por ello evidente que no se trata de una cuestión de derecho privado.</p>		

Adicionalmente, señala que AZTECA PERÚ respalda la competencia del Consejo Directivo para intervenir en la relación de uso compartido que tiene con ENEL y que pueda modificar la retribución pactada inicialmente. Todo ello al amparo de argumentos sobre resguardo de interés público, naturaleza de materia regulada y alegando que no se encuentra ante cuestiones que puedan ser discutidas por las empresas como si se tratara de relaciones de derecho privado.

Refiere además, que por otro lado, AZTECA PERÚ solicita contradictoriamente que el Consejo Directivo precise que *“cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y ENEL sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente”*. Asimismo, manifiesta que evidentemente AZTECA PERÚ pretende dejar de lado el interés público y la alegada exclusiva competencia del Consejo Directivo para conseguir que otro tribunal decida que el mandato sea aplicado retroactivamente a fin de lograr de forma indebida un recálculo de las facturas ya emitidas por ENEL.

Señala que para ello, no sólo desde ya AZTECA PERÚ manifiesta entre líneas su disconformidad con la no aplicación retroactiva del hipotético mandato (a pesar de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 200

sostener lo contrario en el Escrito), sino que además solicita que el Consejo Directivo lo reconozca por escrito.

Manifiesta que ello, evidencia que para aquellas cuestiones que son de conveniencia de AZTECA PERÚ, se fundamenta que sí existe un alto interés público que justifica la participación del Consejo Directivo en la relación de uso compartido, mientras que para las cuestiones que no le son favorables -como la irretroactividad del mandato- se fundamenta en que para ello las partes sí *“tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias”*.


Adicionalmente, señala que fue la propia AZTECA PERÚ quien ha venido rechazando cualquier tipo de sujeción a la vía arbitral, al amparo del *“alto interés público”*, de la naturaleza de *“precios máximos”*, de la inexistencia de una *“relación de derecho privado irrestricta”* y de la vital importancia de la Red Dorsal en nuestro país. Sin embargo, refiere que cuando el Proyecto de Mandato no le es favorable en el extremo de la irretroactividad, dicha empresa solicita que éste tema ya no lo resuelva el Consejo Directivo (como lo solicitó inicialmente), sino que pide por escrito que aquello sí sea de plena disposición entre las partes y que pueda ser libremente discutido en la vía de solución de controversias, que tanto viene rechazando desde un inicio.

ENEL manifiesta que resulta poco serio e incoherente solicitar al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL que incluya un texto como el que propone AZTECA PERÚ. En efecto, si AZTECA PERÚ pide al Consejo Directivo del OSIPTEL que modifique la retribución pactada entre las partes por ser un asunto de alto interés público, ¿por qué no sería de alto interés público que dicha autoridad decida sobre el momento de aplicación de su propio mandato? Es más, ¿por qué ordenar la irretroactividad de un mandato de compartición y de los nuevos valores de la Metodología no sería de alto interés público también?

Asimismo, considera que en el hipotético caso que el Consejo Directivo recoja la petición de AZTECA PERÚ y mencione por escrito que dicha cuestión puede ser materia del fuero de solución de controversias, la referida autoridad estará incurriendo en una flagrante contradicción.

Adicionalmente, refiere que corresponderá que se abstenga de emitir cualquier mandato de compartición hasta que el tribunal competente que viene evaluando su solicitud de Arbitraje resuelva todas y cada una de las cuestiones planteadas en el presente procedimiento; es decir, dicho tribunal sería competente para decidir si corresponde o no la modificación de la retribución pactada por ambas partes.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 200

4.2.6.4 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito N° 5 recibido el 22.02.2018).

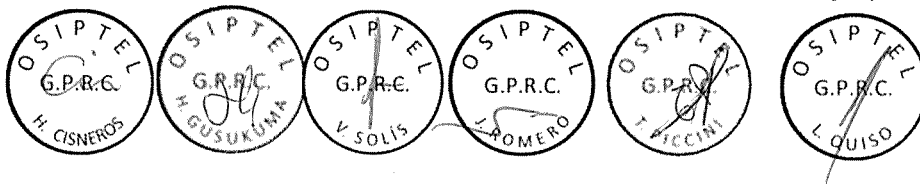
A. AZTECA SOLICITÓ LA VARIACIÓN DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PREVISTAS EN EL CONTRATO DE COMPARTICIÓN DANDO LUGAR A UNA RENEGOCIACIÓN CON ENEL.


AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL argumenta que su solicitud de emisión de mandato para que se modifique la retribución pactada debe ser declarada improcedente, básicamente porque, supuestamente, (i) no se habría cumplido con el requisito previo de plantear una negociación de los términos compartición y (ii) porque la pretensión de AZTECA PERÚ consistiría en solicitar el mero cumplimiento de determinadas disposiciones reglamentarias por parte de ENEL. Indica que a criterio de ENEL, no se cumpliría el elemento formal de haber mantenido una negociación por un periodo mínimo de treinta (30) días.

Refiere que en sus escritos presentados anteriormente, ENEL se ampara en formalismos, negando la realidad de los hechos y sus propios actos, al argumentar que, en tanto en las comunicaciones remitidas por AZTECA PERÚ no se utilizó expresamente el término “negociar”, ambas empresas no se encontraban intercambiando comunicaciones que tenían como finalidad cambiar la contraprestación por el uso de la infraestructura de energía eléctrica. Lo cierto es que, más allá del léxico empleado en las diversas cartas cursadas, **es evidente que, de una simple lectura de dichas comunicaciones, se puede deducir fácil y claramente que la intención y finalidad de AZTECA PERÚ era que se varíen las condiciones económicas del Contrato de Compartición.**

Manifiesta que no le cabe duda que ENEL pretende confundir al OSIPTEL con juegos de palabras para que ignore el objetivo real de la solicitud de AZTECA PERÚ, con la esperanza que este formalismo evite la discusión de fondo, esto es, la necesaria modificación del pago excesivo que vienen recibiendo por el uso de infraestructura (que a la larga estaría subsidiando sus instalaciones, distorsionando totalmente la finalidad de dicha retribución). Asimismo, señala que AZTECA PERÚ ha sido claro al manifestar que no desea seguir pagando el monto que se encuentra consignado en el contrato de compartición a modo de contraprestación a favor de ENEL y que busca que dicho valor y los términos contractuales referidos a su aplicación y vigencia sean “ajustados”, “adecuados”, “cambiados” o cualquier otro sinónimo que pueda emplearse. Refiere que la **intención de que se modifiquen ciertos términos que rigen la relación contractual es indiscutible.**

Adicionalmente, señala que cuando AZTECA PERÚ solicitó en sus comunicaciones que se *“adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente”*, busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento. Señala que de modo alguno puede alegarse que estas comunicaciones buscaban trasladar simplemente una opinión o información o que constituirían meros requerimientos para que ENEL cumpliera con la normativa, y que no tenían como



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 79 de 200

finalidad causar un cambio en la relación que mantienen ambas empresas, dado que existe un planteamiento expreso de AZTECA PERÚ para que ENEL acceda a modificar la contraprestación. Refiere además que **sería absurdo no valorar las comunicaciones de AZTECA PERÚ debido a que no se incluyó la palabra “negociación” en su contenido.**

Indica que en el Proyecto de Mandato se reconoció que AZTECA PERÚ solicitó que se reduzca la contraprestación mensual por uso compartido de infraestructura, lo cual dio inicio a una etapa de negociación con ENEL para la modificación de las condiciones económicas del Contrato de Compartición, lo que queda claro, con independencia del texto literal de la solicitud. Así, el periodo de negociación entre las dos partes se inició cuando AZTECA PERÚ solicitó una modificación en la retribución pactada inicialmente, con independencia de que no se haya utilizado expresamente la palabra “negociar” en las comunicaciones que cursó con ENEL.

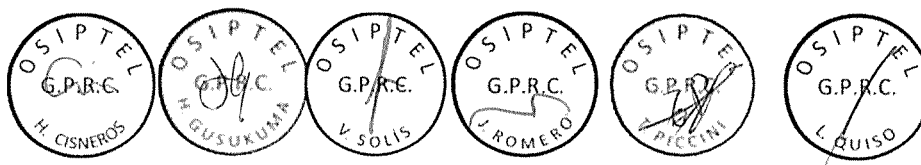
Además de ello, expresa que se debe tener en cuenta que AZTECA PERÚ reiteró en todas sus comunicaciones que dejaba a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL para que determine cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura a través de la emisión de un mandato. Señala que dicha situación hace aún más evidente, pues AZTECA PERÚ se encontraba negociando un cambio en el Contrato de Compartición y que en todo momento advirtió a ENEL que, de no arribar a un acuerdo, solicitaría la intervención del Consejo Directivo.


Menciona que la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ cumple con el requisito de haber tenido una (re)negociación por un plazo de treinta (30) días, en la que no se arribó a algún acuerdo respecto de la modificación de las condiciones económicas, antes de acudir al Consejo Directivo. Por ello, manifiesta que corresponde desestimar la argumentación de ENEL en este extremo.

B. EL CONSEJO DIRECTIVO ES COMPETENTE PARA MODIFICAR LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PACTADAS A TRAVÉS DE UN MANDATO.

AZTECA PERÚ señala que a criterio de ENEL, la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre compartición de infraestructura únicamente señalan que el Consejo Directivo es competente para emitir un mandato cuando las partes no han podido arribar a un acuerdo al momento de la suscripción de un Contrato de Compartición, es decir, sólo al inicio de la relación de acceso, más no una vez que ella ha sido entablada. Por ello, señala que ENEL erradamente considera que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que regirse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. Por ello, creerían que un pronunciamiento del Consejo Directivo sobre su solicitud del mandato vulneraría el principio de legalidad al suponer un ejercicio indebido de su función normativa.

Además de ello, señala que no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición en este caso, como



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 200

equivocadamente sostiene la contraparte. Señala que corresponde recordarle a ENEL en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo de OSIPTTEL, en lo que se refiere a su competencia para dictar mandatos. Ello, a efectos de que quede claramente demostrado que un pronunciamiento respecto de su solicitud de mandato de compartición de ningún modo constituye una actuación fuera de las atribuciones del Consejo Directivo ni una vulneración al principio de legalidad, como falsamente quiere aparentar ENEL.

Señala que como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la “Ley de Organismos Reguladores”), la función normativa *“comprende la facultad de **dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y **mandatos** u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios**”* (énfasis y subrayado agregado). Indica precisamente que la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como OSIPTTEL es clara en establecer que **tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución**. Señala además, que la función normativa del OSIPTTEL⁵³ es ejercida por su Consejo Directivo⁵⁴ y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

Manifiesta que, en cuanto al despliegue y operación de la Red Dorsal, el artículo 32 de la Ley de Banda Ancha establece que el OSIPTTEL podrá dictar disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento de lo dispuesto en materia de acceso y uso compartido de infraestructura, lo que se encuentra contemplado en el artículo 13 de la referida Ley de Banda Ancha, como se observa a continuación:

LEY DE BANDA ANCHA

“Artículo 32. Supervisión

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente

⁵³ Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 23.-Definición de Función Normativa

La función normativa permite al OSIPTTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular: referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios.

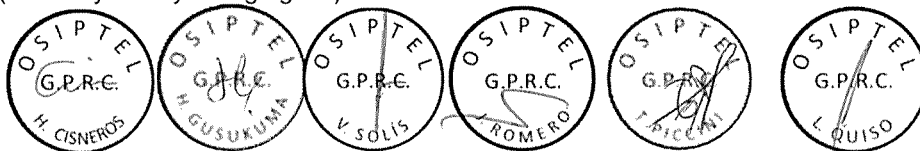
(Énfasis y subrayado agregado)


⁵⁴ Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

(Énfasis y subrayado agregado)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 81 de 200
	INFORME	

norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30.”

“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. (...)”


Asimismo, señala que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso compartido de infraestructura. Indica que esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado ENEL. Por el contrario, es claro que la atribución permite el dictado de mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

Refiere que lo que pretende ENEL es hacer creer que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentra regulada en el artículo 25 del Reglamento, lo cual es totalmente falso. Señala que la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Así, ENEL se equivoca cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias del OSIPTEL y establece límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, pues estaría interpretando que prima el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

Además manifiesta que a diferencia de lo que ENEL alega en sus escritos, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha. Por ello, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente a dichas leyes y no entenderse como una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. Indica que la atención de su solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituye un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y, menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución del OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

Adicionalmente, señala que el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las **condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura** y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 200

para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes⁵⁵. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, claramente el artículo 25.3 del Reglamento no limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato de Compartición, sino también cuando no exista un acuerdo sobre alguna condición que tenga repercusión en el uso compartido de la infraestructura, como es la contraprestación.

Refiere que, cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.


Indica que se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en la que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

Refiere además que sobre este punto, ENEL alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la Red Dorsal no habilita al OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y modificar el Contrato de Compartición. Sin embargo, como se ha demostrado, la normativa vigente es la que otorga facultades expresas al Consejo Directivo para emitir mandatos en el ámbito de su competencia, entre lo que se encuentra asegurar el cumplimiento de la legislación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, sin que existan restricciones de ningún tipo, menos de un límite temporal.

Manifiesta el hecho que el OSIPTEL también tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público, únicamente refuerza que el Consejo Directivo sea competente para emitir un mandato en este caso, pues a través del pronunciamiento también se asegurará que continúen las operaciones de la Red Dorsal de manera ininterrumpida.

⁵⁵ Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en sus escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos su ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "regulación escalonada", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 83 de 200

Señala que nuevamente ENEL desvía la discusión de lo central, pues no es que el OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. Indica que de ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada; así como añade que la elección que tiene que realizar el Consejo Directivo está entre emitir o no un mandato legal en una relación jurídica sujeta a regulación de precio máximo.

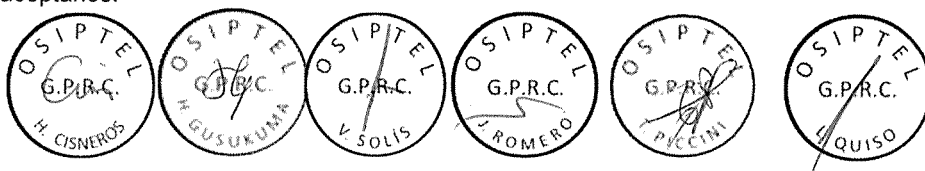
Refiere que la oportunidad para que se emita un mandato vinculado a asegurar el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones estará siempre que las partes no acuerden algún aspecto sobre la relación de compartición, sea para la suscripción del contrato o durante su ejecución, a fin de que pueda cumplirse efectivamente con la protección del interés público. En tal sentido, a diferencia de lo que argumenta ENEL, en estricto cumplimiento de su función normativa y de su competencia para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, el Consejo Directivo se encuentra facultado para dictar un mandato y modificar las condiciones económicas ante la evidente falta de acuerdo entre las partes respecto de un tema regulado (la contraprestación por el uso compartido de infraestructura).


Además, manifiesta que lo desarrollado en el presente acápite ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo⁵⁶, como ha sido ampliamente explicado en sus anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA PERÚ sobre las competencias del OSIPTEL para la emisión de mandatos. Por el contrario, la facultad del Consejo Directivo para modificar condiciones económicas pactadas inicialmente ya ha sido reconocido, teniendo esos pronunciamientos absoluta validez por estar acordes con el marco normativo.

También manifiesta que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁵⁷. Sin embargo, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

⁵⁶ Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

⁵⁷ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 200


Adicionalmente, señala que el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas. Además, señala que se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).

Precisa que se debe recordar que en el presente caso lo que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura, pues la retribución mensual fijada en el Contrato de Compartición no respetaba el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, el señala que el desacuerdo de la renegociación obedece a que ENEL se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, exigir el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal. Esta situación manifiesta que le resulta insólita, pues ENEL, quien alega erróneamente y sin motivo una vulneración al principio de legalidad en este caso para la emisión del mandato, es quien vulnera la normativa vigente al exigir una contraprestación mucho mayor al máximo permitido.

Además señala que en el ejercicio de la función normativa, es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura. Manifiesta que ha quedado demostrado que el Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 85 de 200

C. SOBRE LA DIFERENCIA CON LA NORMATIVA VINCULADA A LA EMISIÓN DE MANDATOS DE INTERCONEXIÓN.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL resaltó que, a diferencia de lo que prevé la normativa vinculada a la emisión de mandatos de interconexión, donde expresamente se contempla un procedimiento para renegociar condiciones pactadas en los contratos, la normativa referida a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura eléctrica únicamente contempla este supuesto para cuando no exista un contrato que vincule a las partes. Por ello, a su errado criterio, en tanto la norma de compartición de infraestructura no señala expresamente que se emitirán mandatos ante una renegociación como la norma de interconexión, el Consejo Directivo no podría dictar un mandato en el presente caso.

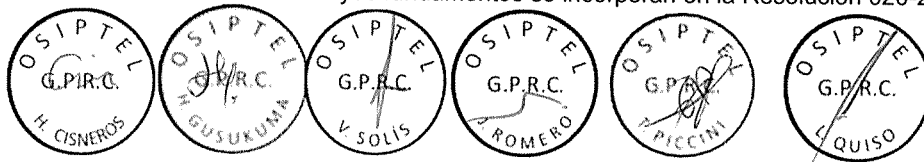
Refiere que como ya ha sido señalado anteriormente, **la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no se encuentra restringida para que sea ejercida con un límite temporal, por lo que no sólo se circunscribe para garantizar un acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia en la infraestructura.** Ello, atendiendo lo establecido en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha, así como también considerando que el **OSIPTEL debe garantizar la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria,** y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.


Además, señala el OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*⁵⁸. En esa línea, **en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación,** por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Manifiesta que la diferencia normativa a que se refiere ENEL no implica de forma alguna que el Consejo Directivo del OSIPTEL no cuente con facultades para la emisión de un mandato de compartición en el presente caso. Señala además que el Consejo Directivo ya cuenta con la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha que lo habilitan de manera expresa para emitir mandatos en materia de acceso y de uso de infraestructura compartida sin límite temporal.

Asimismo, señala que **sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica.**

⁵⁸ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 86 de 200
	INFORME	

Indica que no puede compararse el desarrollo normativo de varios años de la interconexión con el reciente marco legal de la Red Dorsal.

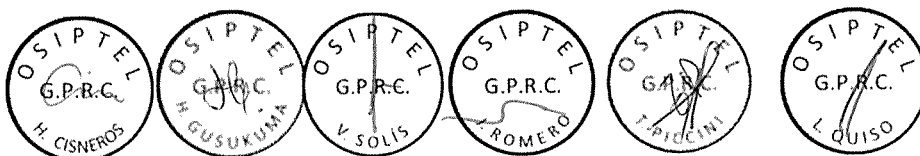
Además, señala que su situación se parece más a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Refiere que tanto en esos casos como en éste, **un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura.**


Manifiesta que la interconexión, si bien contempla a empresas de distinto tamaño (red pequeña busca interconectarse a otra más grande), es más “pareja” en cuanto se interconectan infraestructuras similares, redes de telecomunicaciones, y en donde ambas empresas conocen las características técnicas y regulaciones propias de su sector. Mientras que, en este caso, estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.

Señala que no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de información), negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de fibra óptica procuren negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

AZTECA PERÚ refiere que no maneja dicha información y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la “colaboración” de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en sus primeras cartas solo plantea a ENEL cómo considerábamos debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *“nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos”*. Es pues evidente que si AZTECA PERÚ tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. ENEL en ningún momento accedió a proveerle de dicha información, abusando de su posición dominante.

Menciona que si bien ENEL niega en su escrito que exista asimetría información con AZTECA PERÚ, ha quedado claramente demostrado que, como empresa eléctrica,



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 87 de 200
	INFORME	

propietaria de sus torres y/o postes, es quien cuenta con la totalidad de información (características de sus torres y/o postes, reales costos por el mantenimiento y operación de la infraestructura). Así, señala que AZTECA PERÚ es un operador de telecomunicaciones que no cuenta con información de una empresa distinta a la suya, y menos aún de una empresa de un giro totalmente diferente (sector eléctrico) y que, por su naturaleza, cuenta con infraestructura con características técnicas particulares.

AZTECA PERÚ considera que en este caso se requiere mayor protección aún (si cabe la expresión), que en el caso de la interconexión. Por tanto, manifiesta que **la diferencia normativa no solo es impertinente en este contexto, sino que más bien corresponde considerar lo inverso, que su situación merece mayor tutela que una vinculada a interconexión de redes de telecomunicaciones, por la diferente naturaleza de la relación que existe entre las empresas (mayor asimetría informativa)**, semejante a los casos de acceso a infraestructura de transporte e incluso de protección al consumidor.

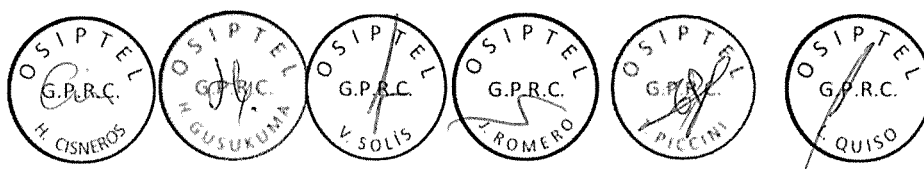
D. EL CONSEJO DIRECTIVO NO SE ENCUENTRA IMPEDIDO DE EMITIR UN MANDATO EN EL PRESENTE CASO.


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

Asimismo, señala que ENEL asume equivocadamente que basta la existencia de un proceso arbitral para que una entidad de la Administración Pública deba abstenerse de ejercer su competencia. Indica que a su errado criterio, **en tanto presentaron una petición arbitral de manera posterior a que fueran notificados con su solicitud de mandato**⁵⁹, automáticamente este suceso generó una prohibición para el Consejo Directivo de seguir conociendo su solicitud de mandato de compartición, impidiéndole que ejerza su competencia primaria para emitir un mandato que fije las condiciones económicas entre dos partes que no llegaron a un acuerdo luego de una renegociación.

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

⁵⁹ ENEL presentó la petición arbitral el 20 de octubre de 2017, **4 días luego que fuera notificado con su solicitud de mandato** (el 16 de octubre de 2017).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 88 de 200

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

Además, resalta que el ordenamiento jurídico no puede encubrir la mala fe procesal, en donde la sola presentación de una petición arbitral sea suficiente para que una autoridad administrativa no ejerza su competencia. Señala que, en todo procedimiento debe garantizarse la buena fe procedimental⁶⁰, por el que no pueden ampararse solicitudes, planteamientos o recursos que evidencien una mala fe procesal. En esa línea, refiere que constituyen parte de los deberes de los administrados abstenerse de solicitar actuaciones meramente dilatorias o afectar de cualquier modo el principio de conducta procedimental⁶¹. Indica que ENEL debe cumplir con guardar la buena fe procedimental y evitar amedrentar al Consejo Directivo para que no ejerza sus competencias, en atención a un procedimiento arbitral iniciado sólo con el fin de obstaculizar un pronunciamiento de la autoridad administrativa.

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

⁶⁰ TUO LPAG, Título Preliminar

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

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


⁶¹ TUOLPAG, Artículo 65

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 89 de 200
	INFORME	

Señala también que la inhibición del ejercicio de las competencias de una autoridad administrativa requiere de un sólido fundamento, debido a que la actividad administrativa es una actividad primaria de posición preferente para la resolución de las causas y materias que les han sido atribuidas, siendo la actividad jurisdiccional secundaria y excepcional. Manifiesta que, a nivel doctrinario, ROCCO señala que *“la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva.”*⁶²

Igualmente refiere que, MORON URBINA desarrolla que, de manera excepcional, cuando pueda surgir alguna interferencia en los pronunciamientos del Estado (autoridades administrativas y jurisdiccionales), con el fin de resguardar la unidad de las decisiones, es que la resolución por vía administrativa dejará de tener una posición preferente, como se anota a continuación:

*“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...). Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias, mediante la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia).”*⁶³

Manifiesta que el Consejo Directivo es quien tiene la competencia primaria para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas luego de una renegociación infructuosa a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, dicho órgano sólo podrá inhibirse de ejercer su competencia cuando verifique el cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 73 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (el “TUO LPAG”). Indica además que existe una obligación directa de que los órganos administrativos ejerzan la competencia que les fue atribuida⁶⁴, por lo que constituye una excepción que se aparten de una controversia para la que se encuentran facultados de conocer y, por ende, la inhibición debe encontrarse sustentada en la normativa vigente.

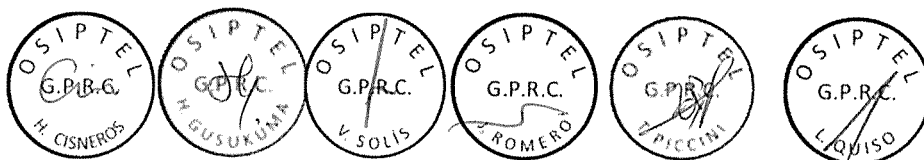
⁶² ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol I, p. 81


⁶³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344

⁶⁴ TUO LPAG, Artículo 74

“Artículo 74.-Ejercicio de la competencia

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 200

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

“Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

(...)

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

Adicionalmente, señala que si bien ENEL alegó que las “leyes” por las que estaría exigiendo al Consejo Directivo que no ejerza su competencia son el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 y el artículo 108 del Reglamento General de OSIPTEL, refiere que es evidente que ninguna de estas normas establece que el OSIPTEL se encuentre en la obligación de inhibirse y no ejercer su función normativa en este caso.

Manifiesta que en los numerales precedentes de su escrito, el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 únicamente señala que *“el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia”*⁶⁵, sin que ello implique que cualquier proceso arbitral que se inicie generará que no se pueda resolver en vía administrativa cualquier materia entre las mismas partes (con independencia de si está vinculada o no). De otro lado, refiere que está frente a un caso en el que el Consejo Directivo tiene la competencia primaria para emitir pronunciamiento, y para lo cual no requiere que exista un pronunciamiento previo del Poder Judicial, por lo que tampoco se encuentra en el supuesto regulado en el artículo 108 del Reglamento General de OSIPTEL. Por ello, indica que corresponde desestimar lo alegado por ENEL en este extremo.

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


Señala que tampoco se advierte que exista un conflicto con la función jurisdiccional en este caso. Menciona que dicho escenario, distinto del presente, es aquel en el que la

⁶⁵ DECRETO LEGISLATIVO 1071

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.” (énfasis agregado)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 91 de 200

autoridad administrativa, de oficio, decide inhibirse de continuar con la tramitación de un procedimiento administrativo ante la motivada existencia de un proceso jurisdiccional que versa sobre una misma materia y cuya decisión es indispensable para que pueda emitirse un pronunciamiento administrativo.

Considera que se debe tener presente que, el artículo 73 del TUO LPAG⁶⁶, establece los siguientes requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, lo cual también ha sido reconocido en el Informe Jurídico No. 009-2013-JUS/DGDOJ del Ministerio de Justicia⁶⁷:

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

Manifiesta que, si bien puede existir una controversia planteada por ENEL ante un Tribunal Arbitral durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, **no se encuentra ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición.** Señala que en efecto, cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, es un tema que se encuentra regulado en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, sobre la cuál las partes no pueden pactar en contra ni el fuero arbitral puede decidir no aplicarlas.

Refiere que inclusive, en línea con lo anterior, es importante recordar que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente⁶⁸. En este caso, señala que la

⁶⁶ TUO LPAG, Artículo 73

"Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

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


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

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso." (énfasis agregado)

⁶⁷ Ver la Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, sobre la aplicación de la Ley No. 27444, pág. 89 y 90. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf> (Visitado el 24 de enero de 2018)

⁶⁸ Decreto Legislativo No. 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 92 de 200

contraprestación por el uso de infraestructura limita la libertad contractual de las partes, pues siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En ese orden de ideas, indica que corresponde resaltar que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer. Por tanto, si AZTECA PERÚ y ENEL no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, OSIPTEL (y no un Tribunal Arbitral) debe intervenir a efectos de regular dicha condición.

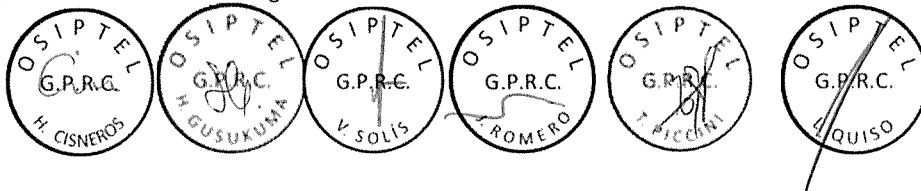
Asimismo, menciona que no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto de la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Participación solicitado por AZTECA PERÚ. Señala que precisamente, para ejercer su función normativa y modificar las condiciones económicas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


Refiere que en atención a las consideraciones antes señaladas, es el Tribunal Arbitral quien debería abstenerse de conocer el caso en tanto que, para atender las pretensiones de ENEL, dicho tribunal requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor "Na". En efecto, indica que siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública, bajo competencia directa y primaria del OSIPTEL, mal haría el Tribunal Arbitral en avocarse en esta materia.

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

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

- 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*
- 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral."*



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 200

Asimismo, refiere que la emisión de un mandato en el presente caso por el Consejo Directivo no constituye un ejercicio ilegal de su competencia, por el contrario en observancia de sus atribuciones debe modificar la contraprestación pactada **que rige la relación de compartición de ENEL y AZTECA, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará bajo condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.**

E. LA RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO DE OSINERGMIN NO CONSTITUYE UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA EL CONSEJO DIRECTIVO.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL solicita al Consejo Directivo que suspenda el procedimiento de emisión de mandato dado que existe un procedimiento arbitral iniciado, por lo que existe el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia. Señala que ENEL argumenta que el OSIPTEL no habría tomado en cuenta un supuesto precedente de OSINERGMIN (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 005-2015-OS/CC-95) que impediría que el Consejo Directivo conozca del presente procedimiento. Indica que a criterio de ENEL, a través de dicho pronunciamiento se deja establecido que si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida, al haberse reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometidas a dicho proceso.

Además, indica que si bien AZTECA PERÚ reconoce la existencia de precedentes administrativos que deben ser observados por las autoridades, como ha sido recogido en el TUO LPAG⁶⁹, para que un pronunciamiento pueda ser considerado como un precedente de observancia obligatoria debe cumplir con los elementos detallados a continuación. Ello, en tanto el precedente administrativo constituye fuente del procedimiento administrativo y consiste en aquella calidad que **adquieren los actos administrativos de carácter resolutivos y firmes** que concluyen casos concretos, pero que contienen interpretaciones jurídicas de proyección general, sobre el sentido de algunas normas.

⁶⁹ "Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:


(...)

2.8. **Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por levas especiales**, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, **agotan la vía administrativa** y no pueden ser anuladas en esa sede."

"Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al **resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación**, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos **serán publicados conforme a las restas establecidas en la presente norma.**
(...)" (Énfasis propio)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 94 de 200

- Tiene que ser emitido por un tribunal o consejo administrativo regido por legislación especial.
- Debe ser un acto administrativo de carácter resolutivo que contenga interpretaciones normativas de carácter general, en un caso concreto, con lo cual, cabe enfatizar que estos actos se emiten, en cualquier caso, en ejercicio de potestades resolutorias otorgadas al tribunal o consejo administrativo.
- Debe ser “debidamente publicado”. Señala que, de una interpretación sistemática de los artículos 23.1.1⁷⁰ y 20.1.3⁷¹ del TUO LPAG, al tratarse de actos administrativos que contienen criterios interpretativos con alcance general interesan a un número indeterminado de administrados y deben ser publicados en la vía principal, es decir, en el Diario Oficial “El Peruano”.

Manifiesta que en el presente caso, observa que los requisitos para que se cumpla la calidad de precedente de la Resolución del OSINERGMIN no se cumplen. En primer lugar, el pronunciamiento remitido por OSINERGMIN ha sido emitido por un Cuerpo Colegiado y no por el Tribunal de Solución de Controversias. Asimismo, refiere que ENEL no ha acreditado que se encuentre frente a una resolución firme, pues no ha probado que dicha resolución no haya sido apelada. Finalmente, la mencionada resolución o el supuesto “precedente” no ha sido publicado en el Diario Oficial “El Peruano”.

Adicionalmente, señala que se encuentra en un procedimiento de solicitud de mandato ante el Consejo Directivo quien, en ejercicio de su exclusiva **función normativa**, se encuentra facultado para modificar el Contrato de Compartición ante la renegociación infructuosa entre AZTECA PERÚ y ENEL, respecto de las condiciones económicas. Señala además, que se encuentra en una situación en la que el Consejo Directivo tiene competencia primaria siendo la única entidad competente para modificar el Contrato de Compartición, no siendo por tanto, competencia del Tribunal Arbitral cambiar y fijar nuevas condiciones económicas entre las partes.

Señala que en el pronunciamiento de OSINERGMIN presentado por ENEL, el Cuerpo Colegiado se encontraba en ejercicio de su **función de solución de controversias**, la

⁷⁰ “Artículo 23- Régimen de publicación de actos administrativos

23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.1 En **vía principal**, tratándose de disposiciones de alcance general o aquellos **actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido**”.

⁷¹ “Artículo 20. Modalidades de notificación


20.1 Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

20.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.”

20.1.3 Por **publicación en el Diario Oficial** y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley”.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 200

cual podría coincidir con alguna materia que también pueda discutirse en un fuero arbitral. Sin embargo, en el presente caso, indica que no se encuentra frente a una controversia vinculada a la interpretación de alguna cláusula contractual, ni sobre alguna materia respecto de la cual las partes tenga libre disposición para que pueda ser resuelta por un Tribunal Arbitral. Por tanto, refiere que aún en el negado supuesto que se tratara de un precedente de observancia obligatoria, no sería de aplicación al presente caso, por referirse a un escenario distinto del que se les convoca en este procedimiento. Es por ello que solicita al Consejo Directivo, no dejarse confundir por las engañosas e incorrectas argumentaciones de ENEL, que sólo buscan distraer la atención y dilatar la inevitable conclusión que corresponde en este caso, esto es, que el Consejo Directivo puede y debe emitir un mandato, ante la solicitud de AZTECA PERÚ, como lo ha sustentado suficientemente en este procedimiento.

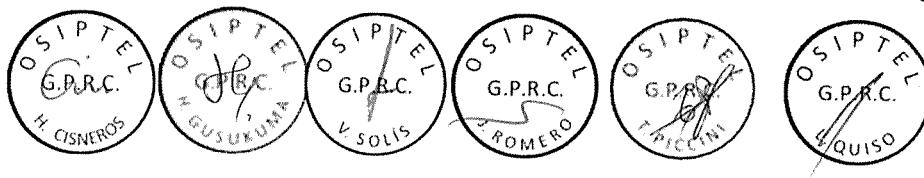
Expresa que, corresponde desestimar la argumentación presentada por ENEL en este extremo, toda vez que el Consejo Directivo no se encuentra obligado a observar el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado de OSINERGMIN (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 005-2015-OS/CC-95), así como tampoco se encuentra en un caso similar al resuelto en dicha resolución, debido a que AZTECA PERÚ ha solicitado la modificación de la contraprestación inicialmente pactada por el uso compartido de infraestructura de ENEL.


F. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL INICIADO POR ENEL.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL señaló que corresponde que la discrepancia con su representada sea resuelta en el fuero arbitral debido a que en el Contrato de Compartición se pactó que cualquier controversia sobre la interpretación y/o ejecución del contrato sería resuelta en un arbitraje de derecho. De ese modo, indica que a criterio de la contraparte, la materia discutida en el presente procedimiento estaría siendo tramitada en vía arbitral.

Refiere que AZTECA PERÚ ha señalado en repetidas oportunidades, en el presente procedimiento que no se está discutiendo la interpretación de alguna cláusula contractual ni tampoco se busca resolver un problema ocasionado por la ejecución del contrato. Por el contrario, señala que se encuentra frente a una situación en la que se solicitó al Consejo Directivo que emita un mandato y modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura, a fin de que se respete el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología, toda vez que no pudo arribar a algún acuerdo con ENEL. Así, señala que no está frente a una materia que pueda ser arbitrable, ni tampoco en un supuesto que haya sido contemplado en la cláusula arbitral del Contrato de Compartición.

Asimismo, advierte que ENEL presentó al Tribunal Arbitral pretensiones en el sentido de desconocer el precio máximo legal previsto para la compartición de infraestructura. Refiere que esto quiere decir que las pretensiones de ENEL están vinculadas a la determinación de la contraprestación, lo cual como ha dicho previamente no constituye una materia que sea de libre disposición de las partes, que pueda negociarse y pactar



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 200

en contra de lo que señala la normativa vigente, como ha sido explicado en el acápite anterior.


Advierte que incluso con la forma de defensa que ha ejercido en el presente procedimiento, ENEL pretende desconocer un cambio en la regulación que fija la Metodología que determina el precio máximo de la retribución por uso compartido de infraestructura. Indica que AZTECA PERÚ ha sostenido en sus escritos, la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo para que ajuste la retribución pactada inicialmente al tope legal (que no estuvo siendo aplicado por un error en la atribución del valor del denominador "Na") es una forma que tienen las partes para cambiar la contraprestación ante una renegociación infructuosa.

Asimismo, menciona que, a través de un laudo, **un Tribunal Arbitral no puede desconocer las facultades del regulador ni limitar la competencia normativa-regulatoria del Consejo Directivo**, ordenando que no emita un mandato que modifique las condiciones económicas de una situación de compartición cuando corresponda. **Así como tampoco el Tribunal Arbitral podría ordenar el desconocimiento de un mandato que emita el Consejo Directivo**, atendiendo a que concluyó que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura sólo puede ser modificada cuando cambie el valor de las variables "m", "l"; "h", o "f". Precisa que, estas inconsistencias evidencian que las pretensiones están referidas directamente al cumplimiento del precio máximo legal por uso de infraestructura y, por ello, no pueden resolverse en un fuero arbitral debido a que es una materia regulada.

Refiere que es importante indicar que una de las pretensiones de ENEL en el arbitraje está referida a que desconozca el real valor del denominador "Na". Indica además, que no puede ser objeto de un Tribunal Arbitral, quien no podría ordenar que no se apliquen los valores correctos de la Metodología, en claro desconocimiento de la normativa vigente; así como tampoco puede ordenar que tengan validez valores distintos a los regulados para determinar el precio máximo por el uso compartido de infraestructura eléctrica. Señala que esta determinación del precio máximo según la Metodología corresponde exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL por mandato legal expreso. **El Tribunal Arbitral no podría desconocer esta competencia exclusiva del regulador como pretende equivocadamente ENEL.**

Asimismo, manifiesta que por el contrario, lo que ENEL ha dejado en clara evidencia es que pretende crear un conflicto entre el fuero arbitral y el fuero administrativo, enredando y complejizando la resolución de la solicitud de mandato, para demorar un pronunciamiento que modifique la contraprestación del Contrato de Compartición. Así, señala que ENEL se esfuerza por dar la apariencia de que existe una controversia arbitrable y exige que el Consejo Directivo no se pronuncie sobre su solicitud de mandato, lo cual según AZTECA PERÚ es absolutamente falso, pues precisamente es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien tiene la competencia primaria y exclusiva para responder su solicitud y garantizar el respeto de los parámetros legales vinculados a la existencia de un precio máximo.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 97 de 200

Señala que en atención a lo que ha expuesto anteriormente, corresponde desestimar los argumentos de ENEL referidos a la supuesta competencia del Tribunal Arbitral para conocer la solicitud de AZTECA PERÚ, que se encuentra referida a la modificación de la contraprestación del Contrato de Compartición, pues indica que quien tiene la exclusiva competencia para atender su solicitud y emitir un mandato en ejercicio de su función normativa es el Consejo Directivo.

4.2.6.5 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

4.2.6.5.1 Respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ:

En sus comentarios al Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ señala que se encuentra de acuerdo con los fundamentos expuestos en el Proyecto de Mandato respecto de la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir un mandato que modifique la relación de compartición de infraestructura que mantiene dicho operador con ENEL, en torno a las condiciones económicas a ser aplicadas para la contraprestación periódica. En ese sentido, no se considera necesario realizar mayor análisis sobre dichos cometarios.

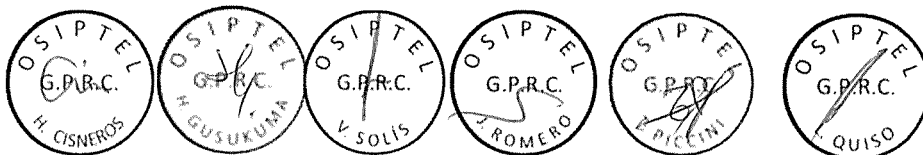
Asimismo, respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ relativos a la posición manifestada por ENEL sobre el Proyecto de Mandato, la posición del OSIPTEL se expresa a continuación, al analizar los comentarios de esta concesionaria eléctrica.


4.2.6.5.2 Respecto de los comentarios de ENEL:

- ***En relación a que el Proyecto de Mandato no analiza un argumento esencial planteado por ENEL y por lo tanto debe emitirse un proyecto complementario.***

ENEL señala que en el Informe N° 00005-GPRC/2018 que sustenta el Proyecto de Mandato, no se ha analizado en ningún extremo de su texto los alcances de la Resolución N° 5-2015-OS/CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje, con lo que, a decir de ENEL, existe una manifiesta intención en omitir analizar el referido pronunciamiento y debe emitirse un proyecto complementario.

Al respecto, como lo señala la propia ENEL en sus comentarios al Proyecto de Mandato, el Informe N° 00005-GPRC/2018 contiene un acápite específico (numeral 4.2.5.5, páginas 20, 21 y 22) en el que se expone la posición del OSIPTEL sobre las implicancias en el presente procedimiento del arbitraje solicitado por ENEL. En el referido acápite se desarrolla la base legal por la cual se considera que el presente procedimiento no debe ser suspendido ante el arbitraje antes indicado y las razones por las que corresponde que este Organismo ejerza sus atribuciones legales ante la inexistencia de una ley o en mandato judicial expreso que dispongan lo contrario.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 98 de 200

En ese sentido, el argumento de ENEL referido a las implicancias del arbitraje iniciado contra AZTECA PERÚ, que se respalda en el criterio de un Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, ha sido abordado en el Informe N° 00005-GPRC/2018 al señalar que la disposición legal prevista en el artículo 72.2 del TUO de la LPAG impide la abstención del Consejo Directivo en el presente procedimiento ante la inexistencia de la ley o el mandato judicial expreso antes indicados. Por consiguiente, es incorrecto señalar que el criterio del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN no haya sido evaluado, derivando dicha apreciación –incorrecta- únicamente de la falta de mención al referido Cuerpo Colegiado en el desarrollo del análisis.

Por consiguiente, no es cierto que el Proyecto de Mandato no haya “*analizado en ningún extremo un argumento central de la posición de ENEL*”, cuando el acápite 4.2.5.5 del Informe N° 00005-GPRC/2018 en su integridad se encuentra referido específicamente a las implicancias en el presente procedimiento del arbitraje que ha iniciado ENEL contra AZTECA PERÚ. En ese sentido, se debe desestimar la solicitud de ENEL para que se emita un proyecto de mandato complementario que analice específicamente el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, puesto que dicho análisis ha sido realizado apreciando de manera integral dicho argumento y los demás argumentos de ENEL sobre el arbitraje en cuestión.

Adicionalmente, como no debería escapar al conocimiento de ENEL -por las actividades económicas reguladas que realiza- cada organismo regulador es autónomo por su propia naturaleza legalmente establecida⁷². Con lo cual, tanto el OSINERGMIN como el OSIPTEL deben ejercer sus funciones conforme al marco legal que considere aplicable para decidir sobre hechos que correspondan al ámbito de sus respectivas atribuciones.

- ***Respecto a que el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para atender la solicitud de AZTECA PERÚ.***


ENEL sostiene que en el Proyecto de Mandato no se ha desarrollado ni analizado sus argumentos referidos a que al estar ambas empresas de acuerdo en que no hubo negociación alguna antes del inicio del presente procedimiento, conforme al Reglamento de la Ley N° 29904 no corresponde la emisión de un mandato de compartición y que en todo caso la vía pertinente para aquello que solicita AZTECA PERÚ es la vía de solución de controversias.

Al respecto, se debe precisar que lo indicado por ENEL es incorrecto por cuanto los argumentos antes referidos fueron analizados en los acápites 4.2.5.1 y 4.2.5.4 del Informe N° 00005-GPRC/2018, los mismos que se reiteran en el presente informe en párrafos precedentes y a los cuáles nos remitimos para mayor detalle.

⁷² Ley N° 27332: “Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 99 de 200

En particular, se reitera que el hecho de que AZTECA PERÚ y/o ENEL puedan tener eventuales posiciones contrapuestas derivadas de su relación de compartición de infraestructura que el OSIPTEL pueda conocer en ejercicio de su función de solución de controversias, no inhabilita a este Organismo Regulador a ejercer la función normativa en virtud de la cual emite mandatos (como el que ha sido solicitado en el presente procedimiento). Se reitera además que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL carecen de la función normativa, que es exclusiva del Consejo Directivo conforme lo establece el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

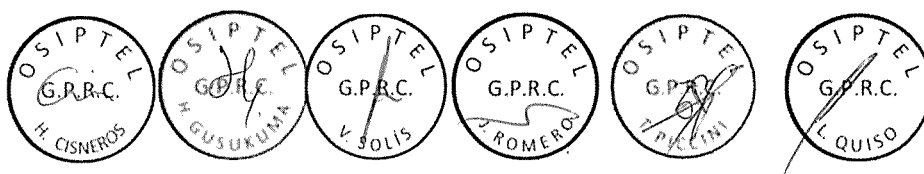
Adicionalmente, se debe señalar que la función corresponde ejercer al OSIPTEL en un caso concreto, debe ser determinada evaluando los hechos y la solicitud del caso respectivo. En el presente caso, del análisis efectuado se ha determinado que la solicitud de AZTECA PERÚ está referida a modificar la relación de compartición de infraestructura que ha establecido con ENEL mediante un contrato de acceso y uso de infraestructura, en lo relativo a las condiciones de la contraprestación periódica. Dicha solicitud corresponde ser tramitada en el ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, porque así lo dispone el marco normativo compuesto por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, concordados con el artículo 3.1 (literal c) de la Ley N° 27332 y los artículos 23 y 24 del Reglamento General del OSIPTEL.


Si eventualmente AZTECA PERÚ (u otro operador de telecomunicaciones) formulara al OSIPTEL solicitudes que correspondieran a aspectos distintos de la relación de compartición de infraestructura que mantiene con ENEL, el órgano que reciba la respectiva solicitud efectuará el respectivo análisis a fin de determinar si corresponde (o no) atenderla ejerciendo alguna de las funciones legales con las que cuenta este Organismo Regulador.

- ***Respecto a que no existe sustento normativo para la emisión de un mandato de modificación de un contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica.***

ENEL sostiene que la normativa de interconexión faculta a emitir mandatos complementarios que permiten modificar relaciones de interconexión previamente establecidas por contrato o por mandato. Sin embargo, indica que en materia de acceso a infraestructura de instalaciones eléctricas, el marco normativo no ha facultado al OSIPTEL para modificar relaciones de acceso previamente establecidas por contrato.

Al respecto, en línea con lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del presente informe (al cual nos remitimos para mayor detalle), se reitera que los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, concordado con el artículo 3.1 (literal c) de la Ley N° 27332, habilitan al OSIPTEL a emitir un mandato de compartición de infraestructura en una relación sujeta a la Ley N° 29904, cuando el operador de telecomunicaciones y el concesionario eléctrico no hayan llegado a un acuerdo para



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 100 de 200

suscribir un contrato que tenga por objeto la creación, regulación, modificación o extinción de la referida relación de compartición. Carece por tanto de fundamento el cuestionamiento de ENEL al supuesto incumplimiento del Principio de Legalidad por parte del OSIPTEL.

Se reitera asimismo que el marco legal antes citado establece la inexistencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición en ejercicio de su función normativa para asegurar el cumplimiento de los objetivos de naturaleza pública definidos por la Ley N° 29904. En el caso materia de análisis, no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que legalmente es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales, como incorrectamente trata de hacer ENEL desconociendo el Derecho aplicable.


ENEL indica además que *“en todo el texto del Proyecto de Mandato no se ha citado ninguna norma que habilite dicha intervención”*. Respecto de lo cual, nos remitimos a lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del Informe N° 00005-GPRC/2018, cuyo contenido se puede apreciar también en párrafos precedentes, que se explica por sí mismo.

Finalmente, considerando que ENEL hace referencia a las normas que regulan la interconexión de los servicios y redes de telecomunicaciones, indicando que en este régimen existe un marco legal que habilita expresamente al OSIPTEL a modificar contratos de interconexión a través de mandatos, lo que no sucede en la compartición de infraestructura; se reitera que la interconexión cuenta con una regulación propia, como también la tiene la compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones. Siendo dos materias distintas, en ambos casos el Congreso de la República ha habilitado la intervención del OSIPTEL para asegurar el cumplimiento de los fines de interés público que persiguen ambas materias, siendo las dos esenciales para el desarrollo del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Cabe reiterar además que la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato en materia de compartición de infraestructura, se sustenta en la base legal referida en párrafos precedentes.

- ***Respecto al proceso arbitral iniciado por ENEL para determinar si jurídicamente es posible modificar la retribución en el Contrato y en consecuencia, el presente procedimiento debe ser suspendido.***

En relación al arbitraje iniciado por ENEL y sus implicancias en el presente procedimiento, en línea con lo señalado en el numeral 4.2.5.5 del presente informe (al cual nos remitimos para mayor detalle), se reitera que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley y a solicitud de parte), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL. Se reitera además que cualquier acto del OSIPTEL en el presente



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 101 de 200

procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG.

Se precisa además que la función que el OSIPTEL ejerce a través de su Consejo Directivo en el presente procedimiento, es una función normativa que se ejerce en virtud de las facultades que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- para dirigir los servicios públicos^[3] y ejercer las funciones encomendadas a través de ley orgánica, con la finalidad de asegurar^[4] la “*regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional*”.

Existiendo el referido marco constitucional y legal, el OSIPTEL debe evaluar con suma cautela cualquier solicitud dirigida a que no ejerza su función normativa y no emita un mandato en un caso concreto que corresponde a una materia regulada bajo el marco de la Ley N° 29904 (v.g. compartición de infraestructura eléctrica para redes de Banda Ancha^[5]), de la que también resulta manifiesto que el Congreso de la República ha encomendado al OSIPTEL –y no a ningún otro órgano- velar por su cumplimiento y dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar dicho cumplimiento^[6].

En ese sentido, se reitera que para el OSIPTEL resulta claro que en el presente procedimiento se ejerce una función normativa propia del Poder Ejecutivo y dentro de este Poder, propia del OSIPTEL, en cuya virtud de manera específica se determinarán las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

De otro lado, ENEL refiere que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, referido en párrafos precedentes constituye un “*precedente determinante en el presente caso*”. Respecto de lo cual, se reitera que cada organismo regulador es por naturaleza legal autónomo en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, el carácter “*determinante*” del precedente que indica ENEL, legalmente no puede constituirse como tal para el OSIPTEL, sin perjuicio de que el razonamiento contenido en dicho pronunciamiento haya sido valorado como elemento para formar el criterio propio que, por ley, debe asumir el OSIPTEL; dicha valoración, inclusive, ha sido efectuada a pesar que ENEL señala desconocer⁷³ si el referido pronunciamiento

^[3] Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.


^[4] Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

^[5] Cfr. con los artículos 3(ii) y 13 de la Ley N° 29904.

^[6] Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

⁷³ Cfr. con la nota al pie N° 5 del escrito de ENEL presentado el 29 de diciembre de 2017.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 102 de 200

fue o no aceptado por el administrado afectado con la decisión, o si esta decisión perdió sus efectos.

En ese sentido, se reitera que el marco jurídico antes citado, determina el modo en que debe proceder el OSIPTEL en el presente procedimiento, aún cuando ENEL haya iniciado el proceso arbitral en mención.

- **Respecto a que la Ley General de Arbitraje establece que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el procedimiento de emisión de mandato.**

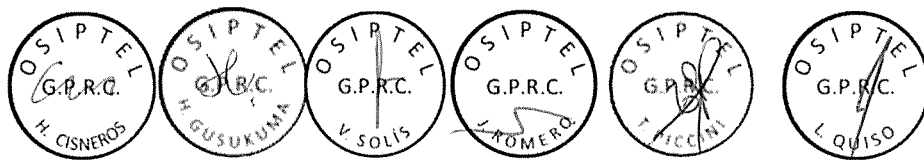
ENEL sostiene que el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el presente procedimiento.


Sobre el particular, se debe señalar que la referida norma establece que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. En aplicación de dicha disposición, en el Informe N° 00005-GPRC/2018 ni en el presente informe se emite opinión alguna sobre la actividad que realizará el tribunal arbitral de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento por ENEL.

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

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

Por consiguiente, se reitera que si en ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad respectiva considera que es conforme a Derecho dictar una orden para que el OSIPTEL no ejerza su atribución legal en el presente procedimiento, corresponderá acatar dicha orden en tanto ésta surta efectos, conforme lo establece el precitado artículo 72, numeral 72.2, del TUO de la LPAG.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 200

Finalmente, se debe señalar que el segundo párrafo del artículo 108 del Reglamento General del OSIPTEL⁷⁴, indicado por ENEL en sus comentarios, no resulta aplicable en el presente caso por las mismas razones legales antes expuestas, que determinan el modo en que debe proceder este Organismo Regulador en el presente procedimiento, esto es, que la modificación de una condición contractual es competencia exclusiva del OSIPTEL y su ejercicio no requiere de pronunciamiento jurisdiccional alguno.

- **Respecto a que la modificación del valor de las variables “f” y “m” de la Fórmula no justifica legalmente la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.**

ENEL señala que en el Proyecto de Mandato se argumenta que la modificación de la retribución pactada es posible a partir de una interpretación que realiza al amparo de la Ley N° 29904 y su Reglamento, utilizando como argumento central la aplicación de un principio como el de No Discriminación; ello, indica AZTECA como si la modificación del contrato se resolviera solo con aplicar principios y normas.


Al respecto, se debe reiterar que la modificación de la retribución pactada en el Contrato, se sustenta en principio en el hecho que AZTECA PERÚ ha solicitado dicha modificación a ENEL y ésta no ha aceptado la referida solicitud, con lo cual se abre la posibilidad de AZTECA PERÚ de recurrir al OSIPTEL en vía de mandato para que se aplique el precio máximo regulado respectivo; ello, en el marco de lo dispuesto por los artículos 13.4.b y 32 de la Ley N° 29904 y los artículos 25 y 30.4 de su Reglamento.

Cabe señalar que el OSIPTEL comparte lo señalado por ENEL respecto a que el Contrato, además de por la Ley N° 29904 y su normativa de desarrollo, “se rige también por el Código Civil y por las garantías consagradas en la Constitución Política del Perú”. No obstante, ENEL pretende aplicar las disposiciones de los referidos cuerpos jurídicos como si el Contrato no fuera bilateral y sinalagmático. En efecto, ENEL no considera que así como el Contrato y el régimen legal en el cual fue creado genera derechos para ambas partes, genera también obligaciones para ambas partes.

En específico, el cuestionamiento de ENEL al principio de no discriminación, olvida que las relaciones de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904, deben aplicar un precio máximo regulado. En efecto, ENEL señala que “el marco legal aplicable no la ha facultado [al OSIPTEL] a modificar los términos o importes fijados por las partes al amparo de un análisis de no discriminación, ya que con ello las partes

⁷⁴ “Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos
Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada.
Los órganos del OSIPTEL suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial.”



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 104 de 200

estarían supeditadas siempre a una comparación discrecional respecto de los pactos que terceros pudieran realizar”; sin embargo, la regla del precio máximo regulado y que debe ser ofrecido bajo criterios de no discriminación forma parte esencial del régimen económico de la compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En efecto, se recuerda que el Reglamento de la Ley N° 29904 establece lo siguiente:

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

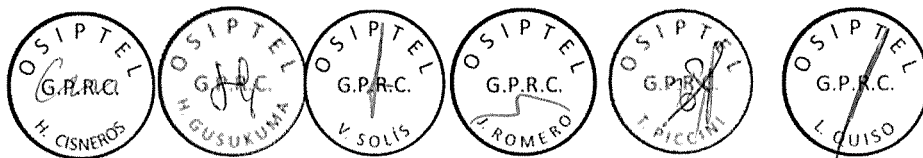
Asimismo, ENEL indica que el cuestionamiento del OSIPTEL de los términos fijados por las partes en un contrato de compartición atenta contra el principio de Seguridad Jurídica que rige en nuestro ordenamiento. Sin embargo, ENEL olvida que es su propia contraparte contractual la que le solicita modificar los términos de un contrato por otros que se sujeten a la regla legal del precio máximo regulado.


ENEL olvida señalar que el cuestionamiento de AZTECA PERÚ se produce conforme al mismo marco normativo que existía de manera previa a la celebración del Contrato, como es el caso de los artículos 13.4 y 32 de la Ley N° 29904 y los 25 y 30 de su Reglamento. En ese sentido, frente a la solicitud de AZTECA PERÚ para modificar las condiciones económicas aplicables a su relación de compartición, resultaba predecible la conducta que ejercería el Estado a través del OSIPTEL en el presente procedimiento, en caso recibiera una solicitud de intervención subsidiaria en vía de mandato, ante falta de acuerdo respecto de una solicitud para modificar la contraprestación acordada por las partes, a efectos de sujetarla al precio máximo regulado.

En ese sentido, corresponde desestimar los cuestionamientos de ENEL respecto de una presunta vulneración del principio de Seguridad Jurídica con la emisión del mandato que corresponde al presente procedimiento.

- **Respecto de la aplicación retroactiva de los efectos del mandato que pretendería AZTECA PERÚ a través de un mecanismo de solución de controversias.**

ENEL considera correcta la posición del OSIPTEL de que los efectos del posible mandato no pueden ser aplicados a situaciones previas a su emisión, y consecuentemente, aquellos efectos sólo pueden ser aplicados a futuro, a partir de su



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 200

entrada en vigencia. Al respecto, se reitera la referida posición del OSIPTEL, por lo que no cabe realizar mayor evaluación sobre la misma.

Asimismo, se debe señalar que cualquier concesionario tiene la facultad, de manera general, de resolver las controversias que se produzcan en la ejecución de sus relaciones de compartición de infraestructura en la vía de solución de controversias que corresponda según el marco jurídico aplicable. Sin embargo, el pronunciamiento del Consejo Directivo en el presente procedimiento está acotado específicamente a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual del Contrato de Compartición, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias acordado por las partes en dicho Contrato o de la aplicación que de él puedan decidir realizar las partes atendiendo a sus propias consideraciones.

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 Posición de AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295⁷⁵, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal, se sujeta –entre otras– a la siguiente condición:

“b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica (...) 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.”

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

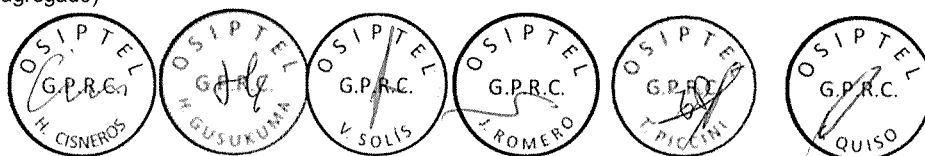
Asimismo, AZTECA PERÚ señala que la referida disposición legal fue desarrollada por el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:


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

30.2 (...) las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

(...)

⁷⁵ “Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable: Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir **una contraprestación razonable** por el uso de la infraestructura de uso público. (...)”. (Énfasis agregado)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 200

30.4 La metodología para las contraprestaciones referidas en el presente artículo se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un **precio máximo** (...).

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que la Ley de Banda Ancha y el Reglamento consideran como contraprestaciones a ser percibidas por el titular de las infraestructuras compartidas las siguientes:

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por este concepto debe ser orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- (ii) La contraprestación mensual, la cual debe ser determinada en concordancia con la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento.


Señala AZTECA PERÚ que con la regulación de las contraprestaciones por la adecuación de la infraestructura, por el acceso a ésta y por su uso compartido, el Estado busca que los concesionarios de servicios de energía eléctrica y de hidrocarburos, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de controladores de la infraestructura existente de red, no abusen de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios que tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "poder o peso significativo en el mercado" se les pueda imponer, entre otras, "medidas de control de precios, con posible orientación a costes de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios".⁷⁶

Precisa AZTECA PERÚ que en el caso de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el Estado peruano ha impuesto la obligación de acceso y uso compartido de

⁷⁶ Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2004. p. 810-811.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 107 de 200

infraestructura a las empresas de energía eléctrica y de hidrocarburos (empresas con poder significativo de mercado por controlar una instalación esencial), con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes mediante las cuales se brindan servicios de Banda Ancha, en general, y para la Red Dorsal, en particular; siendo que ese objetivo se pierde si el titular de la infraestructura impone cobros excesivos. AZTECA PERÚ indica que la exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, en la práctica impediría el acceso y continuidad en el uso, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la prestación de un servicio público prioritario y esencial para todos los peruanos.

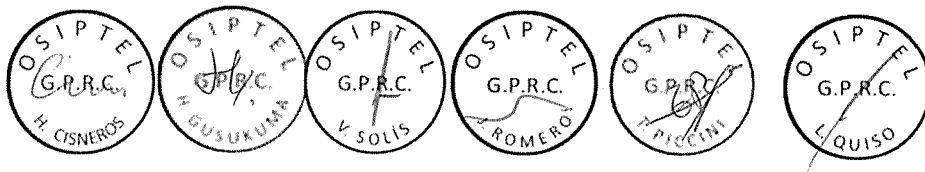
AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro de los conceptos arriba mencionados (una contraprestación inicial y contraprestaciones mensuales que no superen el resultado de la fórmula prevista en el Reglamento).


Indica AZTECA PERÚ que lo anterior ha sido confirmado por el Viceministro de Comunicaciones mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, a la cual está asociada (en adelante, el "Oficio No. 520-2017-MTC/03"). En éste claramente se señala que la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura que resulta de la correcta aplicación de la Metodología debe ser considerada un precio máximo.

Por otro lado, indica AZTECA PERÚ que no debe perderse de vista que estamos ante un proyecto declarado por Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, cuya caracterización justifica que el Estado peruano no solo ordene que se provea a AZTECA PERÚ del acceso a las redes de los concesionarios de energía eléctrica y de hidrocarburos, sino que también disponga la continuidad en el uso compartido de dicha infraestructura, garantizando que se realice bajo condiciones que no perjudiquen el despliegue y operación de la Red Dorsal.

Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen incluso otro tipo de efectos favorables, como la reducción del impacto ambiental, sin tener un nuevo operador que duplicar innecesariamente infraestructura, pudiendo emplear la infraestructura existente abonando una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable para el titular de la infraestructura.

AZTECA PERÚ indica que ello responde al principio de libre acceso, aplicado en aquellos servicios esenciales cuya prestación se desarrolla a partir de una infraestructura de red (como las redes de telecomunicaciones), cuyo establecimiento, mantenimiento y desarrollo requiere de importantes inversiones de capital, siendo que,



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 108 de 200
	INFORME	

en virtud de este principio, para esta clase de servicios se debe permitir el acceso a otras redes en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables⁷⁷.

Indica AZTECA PERÚ que toda regulación de acceso obligatorio, en efecto, busca que las empresas titulares de la infraestructura no se vean perjudicadas con ello, por lo que en la regulación se les garantiza la cobertura de sus costos incrementales y un margen de utilidad razonable. Sin embargo, lo anterior tampoco significa que la regulación indicada permita que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, pues así el régimen de acceso se desvirtúa y vacía de contenido. Es decir, la contraprestación de modo alguno debiera implicar una subvención a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

AZTECA PERÚ agrega que específicamente, la contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico. Por dicha razón, indica AZTECA PERÚ, cuando alguna disposición contractual fije una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo deviene en inexigible.


Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que ENEL viene haciendo caso omiso de las disposiciones vigentes en la materia y sigue exigiendo el pago de un monto que excede a todas luces el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Ello, a decir de AZTECA PERÚ, como es evidente, no encuentra sustento en la normativa que regula el uso de la infraestructura eléctrica, sino que, por el contrario, la contradice directamente.

AZTECA PERÚ indica que cuando ENEL exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Participación y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica⁷⁸. Ello, señala AZTECA PERÚ, toda vez que busca desconocer el marco normativo bajo el cual fue

⁷⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.

⁷⁸ La infraestructura de ENEL resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de ENEL, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponernos tales montos excesivos que claramente no respetan el precio máximo que arroja la aplicación correcta de la Metodología, no encontrándose AZTECA PERÚ en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por ENEL, considerando (i) los cortos plazos que tenía para culminar la implementación y despliegue de la Red Dorsal, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, así como (ii) la asimetría informativa que existía respecto a los costos y valores involucrados en dicha participación.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 109 de 200

suscrito el acuerdo y exigir, en atención a una cláusula contractual, una contraprestación mayor a la permitida legalmente.

Indica AZTECA PERÚ que ENEL es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición⁷⁹, el marco legal que promovió la celebración de dicho acuerdo establecía la obligatoriedad de observar la Metodología en la determinación de la contraprestación, pues el resultado de su aplicación fijaría el precio máximo exigible por uso de infraestructura eléctrica. Inclusive, el referido marco normativo es claro en establecer que la Metodología debía y debe ser aplicada en función a los criterios y parámetros que dicte el OSIPTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

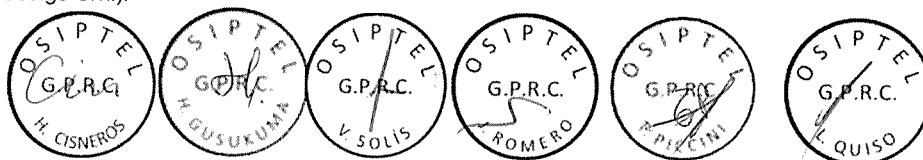
AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), ENEL emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.


AZTECA PERÚ precisa que, si bien la responsabilidad de AZTECA PERÚ es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de ENEL observar que el monto consignado en la factura y, por ende, cobrado a AZTECA PERÚ, no supere el precio máximo que se deriva de la aplicación de la fórmula descrita en el Anexo 1 del Reglamento, a efectos de que pueda cumplir con la normativa vigente.

Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Anexo 1 del Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente en la fecha de firma del contrato, no correspondía ser aplicada. Es decir, menciona AZTECA PERÚ, el valor de la retribución se mantendría relativamente fijo (excepto por las variaciones en el IPC) en tanto no excediera el tope máximo regulatorio, conforme éste variara en el tiempo.

Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula quinta y en el Anexo 1 el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO

⁷⁹ ENEL pretende que el Contrato de Compartición se rija sólo por las normas del código civil cuando es evidente que estamos ante una situación de asimetría que afecta a un servicio público. Así pues, no se puede pretender desconocer que hay una regulación que precisamente entra a tallar cuando no es posible que el mercado (oferta y demanda) por sí mismo llegue a términos eficientes respecto a sus relaciones jurídicas. Estamos ante un claro caso de asimetría en el poder de negociación y por ello no cabe pretender que AZTECA y ENEL negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 110 de 200

supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.

De otro lado, AZTECA PERÚ señala que no ha logrado llegar a un acuerdo con ENEL respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador "Na" (Número de Arrendatarios) y a las variables "f" y "m" previstos en la Metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.

El denominador "Na":

AZTECA PERÚ indica que la Metodología señala que la contraprestación mensual por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica viene dada por la aplicación de una fórmula, que tiene entre sus variables el factor "B". Dicho factor representa la distribución de costos entre los arrendatarios, calculándose como "1/Na", donde el denominador "Na" representa al número de arrendatarios.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.

AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos⁸⁰, señalando lo siguiente:


"Como se observa, si bien la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, no indica textualmente que deba considerarse como valor del "Na", el número máximo de arrendatarios, tampoco señala que deba considerarse el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado, por lo que se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula con el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295⁸¹, señalado

⁸⁰ Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de Participación modificando las retribuciones pactadas en un contrato de participación previamente celebrado, a efectos que dichas retribuciones respeten el precio tope resultante de la correcta aplicación de la Metodología.

⁸¹ "Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la participación de infraestructura de uso público. La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la participación fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de participación deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 111 de 200

anteriormente, respecto de que **en ningún caso el arrendatario deberá pagar por todo el espacio disponible, lo cual obedece a principios económicos de eficiencia.**" (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

De ese modo, indica que la propia definición del denominador "Na" ha sido desarrollada por el OSIPTEL señalando que es "equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad"⁸².

Por tanto, para AZTECA PERÚ resulta claro que por "número de arrendatarios" debe entenderse al número máximo de arrendatarios a los que es posible dar acceso a la

tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.

2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

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

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.


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

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

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos." (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ) [Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC]

⁸² Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD_Inf053-GPRC-2017.pdf; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD_Inf150-GPRC-2017.pdf; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD_Inf029-GPRC-2017.pdf; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf; página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 112 de 200

infraestructura eléctrica. No obstante, señala AZTECA PERÚ que ENEL al exigir el pago de facturas por el uso de su infraestructura, no ha tenido en cuenta dicho criterio para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que (según sus cálculos referenciales) siempre ha considerado que el Na es igual a uno (1); es decir, ENEL considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del "Na" que ENEL debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es éste el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio⁸³ y de peso⁸⁴, el MTC (en concordancia con los pronunciamientos de la autoridad intérprete competente - OSIPTEL) ha estimado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general para que cuando menos tres (3) cables de fibra óptica sean los que puedan colgarse de aquella, por lo que tres (3) sería el número mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3), en función a la capacidad nominal de dicha infraestructura, sobre la base de las distancias mínimas de seguridad reguladas por la normatividad eléctrica.

"Debe de hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios"⁸⁵ (énfasis agregado)

"Finalmente, para determinar la variable "f", se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión (...)"

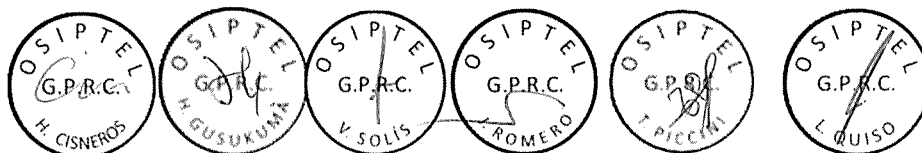
Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores."⁸⁶


⁸³ El criterio por espacio "determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 7]. Es decir, determina cuál es el espacio que teóricamente ocuparía cada arrendatario en la infraestructura eléctrica.

⁸⁴ El criterio por peso "determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.

⁸⁵ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

⁸⁶ Idem.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 113 de 200

(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295⁸⁷, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones recientemente buscó despejar las dudas que pudiera existir respecto a lo anterior e informó a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad⁸⁸.

AZTECA PERÚ señala que de acuerdo con lo anterior, el valor que corresponde a "Na" siempre debió ser considerado como el número potencial de arrendatarios de la infraestructura eléctrica; esto es, un valor igual o mayor a tres (3), lo que no ha estado siendo tomado en consideración por ENEL cuando les factura la contraprestación.

Considera AZTECA PERÚ que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na", claramente definido por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso, deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

*"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) **Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos**, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*


*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, **la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.**"* (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado

⁸⁷ Ver Nota al Pie No. 20.

⁸⁸ AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología ENEL es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 **queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal**, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA PERÚ costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, ENEL ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional. Ahora bien, en razón al presente procedimiento, **corresponde al OSIPTEL confirmar si el denominador "Na" debe ser tres (3) en todos los casos, como lo menciona el MTC, o si, como postula AZTECA PERÚ, en función a los criterios de distancia y de peso que anteriormente ha establecido el OSIPTEL, es posible que las infraestructuras eléctricas de ENEL tengan capacidad de alojar a más de tres (3) cables de fibra óptica, y por lo mismo, el denominador "Na" debe ser mayor de tres (3).**



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 114 de 200

constitucional de derecho, "busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"⁸⁹ (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

"El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informe a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ. 5). Este principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal."⁹⁰ (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

Las variables "f" y "m":

AZTECA PERÚ señala que el Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación:

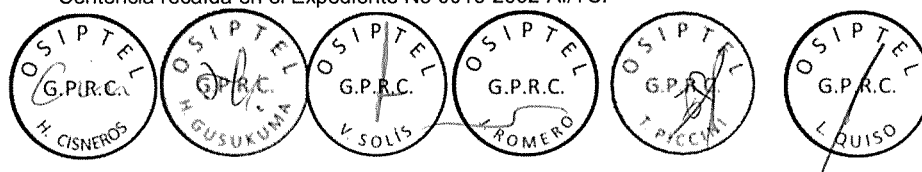
"Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."


Señala AZTECA PERÚ que de esa manera, su variación en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación, sino que, por lo contrario, deben ser integradas a las relaciones contractuales que hayan celebrado los operadores de telecomunicaciones con los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos.

AZTECA PERÚ indica que bajo dicha asunción, el 5 de agosto de 2017, mediante la publicación de la Resolución Viceministerial, se modificaron efectivamente los valores

⁸⁹ Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.

⁹⁰ Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 115 de 200

de las variables "f" y "m" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión.

Menciona AZTECA PERÚ que de acuerdo al quinto considerando de la Resolución Viceministerial, dicha modificación obedeció a que el MTC observó que la aplicación de la metodología original a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión resultaba en valores de la contraprestación mensual por encima de los precios promedio del mercado. Así pues, la modificación de los valores de las variables "m" y "f" ha tenido como fin que *"la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado"*.

En consecuencia, señala AZTECA PERÚ que para el cálculo de la Metodología y, con ello, que se determine el precio máximo que puede ser cobrado por el uso de infraestructura eléctrica, ENEL se encuentra obligada a aplicar los nuevos valores de los factores "f" y "m", en tanto constituyen parte integrante de la normativa que se encontró vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.

AZTECA PERÚ precisa que, sin embargo, pese a que los nuevos valores "f" y "m" de la Metodología han sido señalados expresamente en la Resolución Viceministerial, ENEL tampoco se ha mostrado de acuerdo con respetar la modificación normativa para determinar el precio máximo que podría ser facturado a AZTECA PERÚ.

Indica AZTECA PERÚ que su negativa es especialmente gravosa si se considera las implicancias de las falencias reconocidas por el MTC en la página 9 del Informe N° 292-2017-MTC/26, respecto a la determinación del valor de estas variables en el año 2013, con motivo de la aprobación del Reglamento:


"Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables "f" y "m" se hizo en base a una fuente de información reducida. Así, para el criterio de pesos de la variable "f" se tomó arbitrariamente un tipo particular de fibra óptica y conductor. Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.

Por otra parte, para la determinación de la variable "m" se consideró el valor máximo asociado a sólo un tipo de poste de baja tensión, discriminando una gran variedad de tipos de postes y/o líneas de transmisión. Además, no se consideraron las líneas de Alta tensión."

La modificación de los factores "f" y "m" y la correcta aplicación del valor de "Na" forman parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Participación:

AZTECA PERÚ indica que corresponde precisar que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a los



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 116 de 200

factores "f" y "m" y a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas⁹¹.

Por ello, señala AZTECA PERÚ que en aplicación inmediata y directa de la normativa vigente, si la contraprestación pactada en un contrato continúa siendo menor al precio tope regulatorio, dicho monto podrá continuar siendo cobrado; sin embargo, si el monto acordado es mayor al precio tope regulatorio, únicamente podrá exigirse el pago de ese último.

AZTECA PERÚ menciona que, en efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Participación, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definiese en su aplicación el OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos del OSIPTEL implican un recalcule automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Concluye AZTECA PERÚ que en atención a lo señalado, solicita que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuáles son los valores que ENEL y AZTECA PERÚ deben considerar para efectos de las variables "f" y "m", así como el denominador "Na", para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por ENEL y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

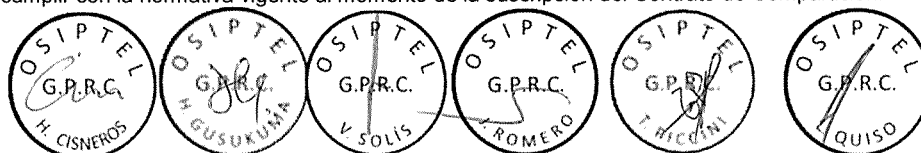
4.3.2 POSICIÓN DE ENEL (Carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03.11.2017):


ENEL señala que el día 5 de agosto de 2017 se publicó la RVM mediante la cual se modificó el valor de la variable "f" de la Fórmula a 18.3% para infraestructura de media y alta tensión, y el valor de la variable "m" a 84.3% para el mismo tipo de infraestructura.

No obstante ello, refiere que en aplicación de las normas constitucionales y legales aplicables, lo solicitado por AZTECA PERÚ es improcedente. En efecto, señala que el Contrato establece válidamente un plazo mínimo de tres (3) años en el que la Retribución no puede ser modificada.

La modificación de la Fórmula establecida por el Reglamento rige según ENEL, para los contratos de acceso y uso de infraestructura que se celebren a partir de su entrada en vigencia, o para los contratos que contengan cláusulas de adecuación automática a

⁹¹ En ese sentido, no nos encontramos frente a un supuesto en el que se vulnere lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dado que de modo alguno se está alegando que las modificaciones legislativas en el tiempo se encuentren alterando las cláusulas pactadas en un contrato. Por el contrario, se trata de una observación fiel a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, en tanto AZTECA PERÚ busca que ENEL observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 117 de 200

los cambios de la Fórmula. En consecuencia, a la fecha, la Retribución pactada en el Contrato no puede ser materia de modificación.

Lo señalado anteriormente, encuentra sustento según ENEL por lo siguiente:

(i) Marco constitucional

El artículo 62° de la Constitución Política establece lo siguiente:

*“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 (...)**” (Énfasis agregado).*

ENEL señala que este precepto constitucional está dirigido a impedir que las normas imperativas⁹² afecten las reglas contractuales válidamente pactadas en función del marco legal vigente al momento de la celebración del contrato⁹³. En consecuencia, una norma imperativa no puede *ex post* alterar los términos válidamente pactados por las partes.


Refiere además que existen dos casos en los cuales una norma puede alterar *ex post* los términos indicados sin vulnerar el precepto constitucional citado:

- El primer caso supone que la norma imperativa bajo la cual las partes celebran el contrato establece que cualquier cambio normativo que se produzca en el futuro obligará a las partes a adecuar los términos del contrato a ese cambio.
- El segundo caso supone que las partes acuerdan modificar de manera voluntaria los términos del contrato celebrado en caso de que se produzca un cambio normativo en el futuro. Como resulta evidente, según ENEL, en ninguno de estos dos casos la libertad contractual resulta afectada.

⁹² “El Art. 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales (...) ¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato? Desde una perspectiva teórica, solo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes decidan. Como quiera que las normas dispositivas no pueden por se alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el Art. 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que solo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra solo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el Art. 62 de la Constitución no afecta”. Ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. **La Libertad bajo Ataque: Contratos, Regulación y Retroactividad**. Ius et Veritas. 2013. Número 46. pp. 46-47.

⁹³ “La teoría de los derechos adquiridos, recogida en el artículo 62, que dice que si un acto jurídico –en este caso un contrato– se realizó al amparo de cierta normatividad, es dicha normatividad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogadas. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido”. Ver: BERNALES, Enrique. **La Constitución de 1993**. Lima: Idemsa. 2012. p. 379. “El artículo 62 (...) se refiere a que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...) Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza”. Ver: RUBIO, Marcial. **Estudio de la Constitución Política de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Tomo 3. pp. 286 y 291.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 118 de 200

En efecto, en el primer caso, ENEL manifiesta que las partes conocen *ex ante* que la norma imperativa requiere adecuaciones contractuales a los cambios normativos sobrevenidos. Si las partes deciden celebrar el contrato en esas condiciones, entonces aquéllas asumen voluntariamente el riesgo de tener que modificar los términos pactados si en el futuro se producen cambios normativos.

En el segundo caso, ENEL señala que las partes consideran que la modificación de los términos pactados en caso de cambios normativos sobrevenidos es deseable.

(ii) Marco contractual

Respecto a ello, ENEL señala que el Contrato establece que las partes lo celebran en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento. En consecuencia, refiere que es claro que ENEL y AZTECA PERÚ negociaron los términos del Contrato conociendo (i) el marco normativo establecido por la Ley y el Reglamento y (ii) las restricciones a la libertad contractual establecidas por dicho marco.

Además, señala que la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

*“Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una **retribución mensual** por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una **vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato**. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. **Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los impuestos de acuerdo con las nuevas condiciones legales**”* (Énfasis agregado).

Indica que dicha cláusula contiene tres (3) preceptos contractuales claves:

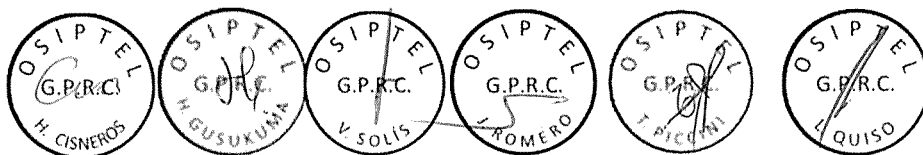
Primero: la Retribución es pactada en función de los criterios contemplados por las normas imperativas aplicables: la Ley y el Reglamento.


Segundo: la Retribución tiene un periodo de vigencia “mínimo” de tres (3) años.

Tercero: la Retribución puede ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento (“nuevas condiciones legales”), siempre que haya vencido el periodo de tres (3) años.

Refiere además, que ni la Ley ni el Reglamento establecen que la retribución mensual está sujeta a un plazo máximo. Por lo tanto, el pacto que establece que la Retribución tiene una vigencia “mínima” de tres (3) años es válido y exigible.

Por otro lado, manifiesta que ni la Ley ni el Reglamento establecen que las retribuciones mensuales acordadas por las partes han de ser modificadas en función



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 119 de 200

de los cambios que se produzcan al Anexo 1 del Reglamento. Por consiguiente, ENEL señala que no se encuentra legalmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.

Manifiesta además, que el Contrato establece que las partes adecuarán la Retribución a los cambios normativos futuros, siempre y cuando tales cambios se produzcan una vez vencido el plazo de tres (3) años contados desde la fecha de celebración del Contrato. Como quiera que el Contrato fue celebrado el 9 de noviembre de 2015, el referido plazo de tres (3) años vencerá el 9 de noviembre de 2018. Todos los cambios normativos que se produzcan a partir de esa fecha obligarán a las partes a modificar la Retribución, en caso corresponda.

En la medida que la modificación al Anexo 1 del Reglamento se ha producido antes de que venza el plazo antes citado, ENEL manifiesta que no se encuentra contractualmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.

Asimismo, refiere que la situación originada por la RVM ha sido prevista de manera explícita por las partes en la Cláusula Cuarta del Contrato. En función de lo acordado por aquéllas, dicha situación no afecta en modo alguno a la Retribución, pues se ha producido dentro del periodo inicial de tres (3) años en el que ningún cambio normativo resulta contractualmente relevante para la determinación del monto de la Retribución.

Respecto al “Na”:

ENEL indica que el argumento de la “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios en el denominador “Na” de la Fórmula no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Por lo tanto, señala que no se justifica la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.

Señala que sin perjuicio de que el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente, a continuación expone el sustento por el cual la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios en el denominador “Na” de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico.

ENEL manifiesta que la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo, pues indica que AZTECA PERÚ en la carta DJ-1258/17, señaló lo siguiente:

“Lima, 17 de agosto de 2017

(...)

b) De otro lado, al plantear el cambio del valor de la variable (f) antes señalada, en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 se ha señalado que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología, debe ser igual a tres (3)². Esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología que la infraestructura de media y alta tensión



puede albergar a tres (3) arrendatarios. Adicionalmente, OSIPTEL, a cuya supervisión se encuentra sujeto el Contrato de Compartición conforme a lo establecido en el artículo 25.2 del Reglamento, considera que el número de arrendatarios de la infraestructura a ser considerado en la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura únicamente por el uso del espacio que el arrendatario requiera, sin imponerle el pago de todo el espacio disponible en dicha infraestructura -por ende sin asumir que el número es de uno (1) como se ha venido haciendo- tal como lo ha señalado expresamente el Regulador en mandatos de uso compartido emitidos el presente año.

Esta regla para definir el número de arrendatarios considerado en el denominador “Na” de la Metodología, también lleva a que se modifique el precio máximo que puede cobrarse como contraprestación por el uso de la infraestructura.”

Asimismo, señala que el argumento de AZTECA PERÚ es que la RVM habría establecido que el denominador “Na” del factor “B” debe ser igual a tres (3), y en consecuencia, esta nueva regla determinaría que se modifique la Retribución en el Contrato suscrito por ambas partes. Refiere que demostrará a continuación que dicha afirmación es errónea e inexacta:

- En los Antecedentes, ENEL ha indicado que la RVM fue publicada el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables “f” y “m” previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:

NORMAS LEGALES 25

*ANEXO 1
METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS

La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

* Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando esta deba ser reemplazada.

* Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.

* La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.

* El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.

* La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + m)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere)

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$B = 1 / Na$

Donde Na: número de arrendatarios

m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{1}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía

m: 7.7% Para Baja Tensión y 0.4.3 para Media y Alta Tensión

Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros


f: 7.2% Para baja tensión h= 13.4% Para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para las variables m, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese
CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ
Viceministro de Comunicaciones
1551411-1

- Sin embargo, según refiere ENEL, en ningún extremo de la RVM se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador “Na” del factor “B” como igual a tres (3).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 121 de 200

En ese sentido, a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no ha incorporado disposición alguna en el Reglamento donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios.⁹⁴

- Señala además que en efecto, el Reglamento no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como AZTECA PERÚ sostiene de forma errónea. Considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador “Na” deba ser igual a tres (3), no existe tal “nueva regla” alegada por AZTECA PERÚ en su solicitud de mandato. En consecuencia, dicho argumento carece de base normativa y no corresponde entonces que se modifique la Retribución en el Contrato.
- Indica que debe tenerse presente que lo señalado por AZTECA PERÚ no está contenido en la normativa aplicable.
- En efecto, en el Informe N° 292-2017-MTC/26 (en adelante, “Informe Sustentatorio”) se analiza las variables de “m” y “f que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisa que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se *“consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios”*⁹⁵. Del mismo modo, el Informe Sustentatorio señala que para la determinación del peso *“se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores.”*⁹⁶
- Asimismo, manifiesta que al analizar la actualización de la variable “f”, el Informe Sustentatorio señala lo siguiente:

2.5.1 Actualización de la variable “f”

En la metodología del año 2013, la variable “f” se define como el ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida, el cual corresponde ser asumido por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas. Dicho porcentaje, fue determinado tomando en cuenta los siguientes criterios: i) la proporción de espacio utilizado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos y ii) el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto del peso de los conductores eléctricos.

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se incorpora una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, permitiendo ajustar el valor de acuerdo con el despliegue actual de las redes eléctricas.


- Señala que como se puede apreciar, el Informe Sustentatorio únicamente da cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las

⁹⁴ De hecho dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial

⁹⁵ Ver página 8

⁹⁶ Loc. Cit.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 122 de 200

variables “f” y “m”, sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento.

- Siendo ello así, ENEL manifiesta que le llama la atención que AZTECA PERÚ en la Solicitud señale lo siguiente:

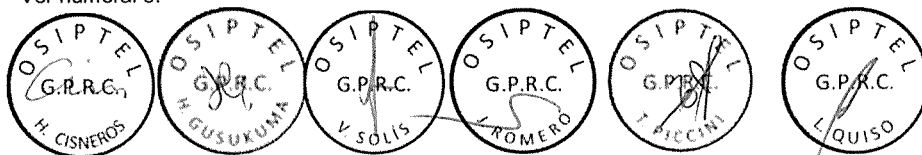
“5.3.3. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por “número de arrendatarios” de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de “arrendatarios potenciales” o “arrendatarios efectivos”, en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.”

- Además, refiere que a partir de lo anterior, la propia AZTECA PERÚ reconoce que su Solicitud no tiene base normativa, en tanto señala que la Fórmula contenida en el Reglamento no precisa cuántos arrendatarios deben ser considerados para determinar la Retribución. Sin embargo, a pesar de que la norma es clara y no existe tal regla de tres (3) arrendatarios, AZTECA PERÚ pretende realizar una interpretación de la norma mediante la aplicación del Principio de Eficiencia.
- Indica que la interpretación jurídica es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas “cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma”⁹⁷. En el presente caso, no hace falta realizar una interpretación a través de la aplicación de principios, toda vez que el Reglamento es claro al no determinar el número de arrendatarios para el denominador “Na” en la Fórmula. Por lo tanto, la aplicación de principios no corresponde en el presente caso.
- Añade que en consecuencia, AZTECA PERÚ incurre nuevamente en una inexactitud al sostener que en la RVM “se ha señalado que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología [la Fórmula], debe ser igual a tres (3)”⁹⁸. Como ha indicado anteriormente, la RVM no señala que el número de arrendatarios debe ser igual a tres (3).
- Refiere que la propia AZTECA PERÚ ha reconocido que la RVM no ha dispuesto una modificación en el número de arrendatarios que deben ser considerados en la Fórmula. En su Carta DJ-1446/17, AZTECA PERÚ señala que “con respecto al denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B”, se debe tener en cuenta que el referido valor no ha sido modificado.”⁹⁹

⁹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”. Tercera reimpresión de la décima edición. Lima: PUCP, p. 220.

⁹⁸ Ver literal b) de la Carta 1258.

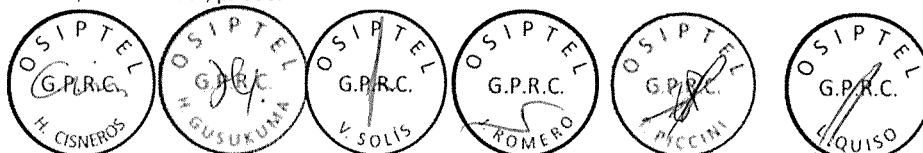
⁹⁹ Ver numeral 3.




- No obstante ello, manifiesta además que a través de la Solicitud, AZTECA PERÚ cita lo señalado en diversos informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador “Na” al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. Sin embargo, dicho criterio no se encuentra recogido en la normativa, tan es así que no fue materia de regulación en la RVM, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.
- Indica que como no escapará a su entender, nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento.
- Agrega, que como bien ha señalado Morón Urbina, el informe o dictamen “constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva, no decisoria”. Así, el “carácter sustancial” del informe “no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas”, de manera que “esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutorio o sujeto a fe plena”.¹⁰⁰
- Por lo tanto, menciona que los razonamientos, criterios o metodologías empleadas en un informe consultivo como aquellos citados por AZTECA PERÚ en su Solicitud, no constituyen decisiones, actos administrativos ni normas que puedan imponer obligaciones que no están previamente contempladas en la normativa aplicable. En esa línea, las opiniones emitidas por los órganos al interior de una entidad como el OSIPTEL no generan efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados.
- Refiere que a la luz de lo señalado, AZTECA PERÚ no puede utilizar como argumento las afirmaciones o metodologías empleadas por un órgano del OSIPTEL para exigir la modificación del Contrato. Como ha quedado en evidencia, la normativa vigente (el Reglamento) no ha recogido en ningún sentido la supuesta “nueva regla” que AZTECA PERÚ viene citando como sustento de su Solicitud.
- Sin embargo, añade que a pesar de la claridad en el Reglamento, AZTECA PERÚ insiste con aplicar principios como el de Predictibilidad o Confianza legítima, como se puede apreciar a continuación en su Solicitud:

5.3.11. Consideramos que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador “Na” claramente por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No.

¹⁰⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General” Lima. Gaceta Jurídica, 2009. 8° ed., p. 500.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 124 de 200

006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

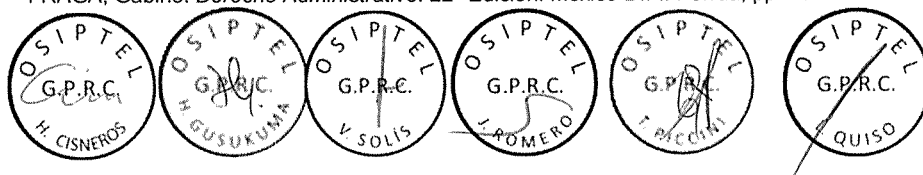
1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima (...) Las actuaciones dad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se explicitan, por escrito, decida apartarse de ellos


La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables" (énfasis y subrayado agregados)

- Señala que a criterio de AZTECA PERÚ, el OSIPTEL debe aplicar el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima y no variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de normas aplicables. Sin embargo, como hemos demostrado en este caso, la Fórmula del Reglamento no presenta vacíos o tratamientos poco claros que requieran interpretación alguna: la norma es precisa, no existe regla que exija considerar a tres (3) arrendatarios en el valor del denominador "Na".
- Por el contrario, refiere que en el presente caso corresponde que el OSIPTEL aplique el **Principio de Legalidad**, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 6-2017-JUS (en adelante, "TUO de la LPAG"), en virtud del cual se establece que "*las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas*".
- En atención a lo anterior, manifiesta que el referido principio se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades, otorga facultades y apodera a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites¹⁰¹. Como consecuencia de ello, dichos límites facultan a los administrados a poder exigir a la Administración Pública que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que sus actos se verifiquen por los órganos competentes¹⁰².
- En ese sentido, señala que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Así las cosas, las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstos no han sido recogidos expresamente por el Reglamento, como sucede en el presente caso.

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS, 2006., p. 449.

¹⁰² FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 22ª Edición. México D.F.: Porrúa, pp. 451-452.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 125 de 200

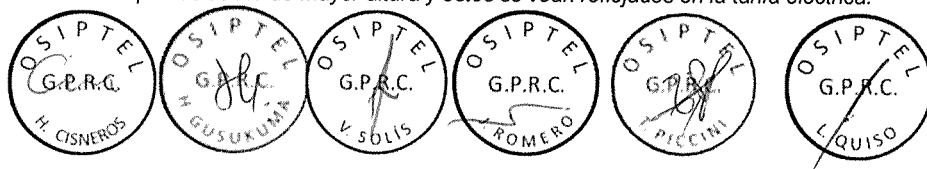
- Manifiesta que más allá de lo expuesto, lo que plantea AZTECA PERÚ es en realidad que se aplique el criterio de considerar tres potenciales arrendatarios para el cálculo de la Retribución. Otra vez, aun en el escenario errado de AZTECA PERÚ (y sin perjuicio de la cláusula arbitral pactada), en vía administrativa lo planteado por dicha empresa solo podría evaluarse en un procedimiento de solución de controversias ante un CCO competente. AZTECA PERÚ optó por una vía legal impertinente.
- Debido a ello, ENEL señala que se encuentra ante otra situación que acredita la IMPROCEDENCIA de su solicitud de emisión de mandato.


Adicionalmente, ENEL manifiesta que la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico, por lo siguiente:

- AZTECA PERÚ en su Carta DJ-1258/17 señala que, en la medida que el Informe Sustentatorio menciona que el criterio por espacio empleado para los valores de las variables de “m” y “f consideró tres (3) arrendatarios, en consecuencia *“esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología [la Fórmula] que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios”*.
- No obstante ello, refiere que AZTECA PERÚ incurre en otra imprecisión al no haber considerado en la Solicitud y en ninguna de sus comunicaciones los aspectos técnicos propios de la infraestructura de ENEL. De hecho, a la fecha, manifiesta que ENEL no ha recibido ninguna comunicación de AZTECA PERÚ donde se le consulte sobre la viabilidad técnica de soportar tal número de arrendatarios en su infraestructura.
- Añade que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Para mayor detalle del sustento técnico, hace referencia a tres (3) documentos:
 - (i) Informe Técnico¹⁰³ de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por el personal técnico de ENEL (en adelante, “Informe Técnico”) y que adjunta a su carta como Anexo 2.

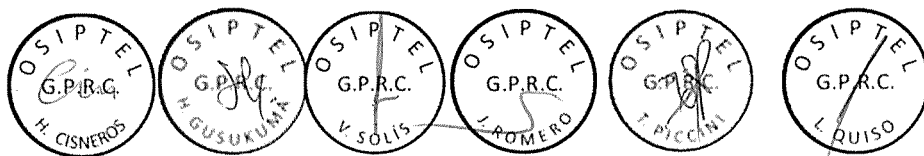
¹⁰³ “Informe Técnico de cantidad de fibras sobre estructuras de redes de alta tensión” de ENEL (octubre 2017), que concluye lo siguiente:


“1.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre estructuras de alta tensión en áreas transitadas y no transitadas no es factible, debido al incumplimiento de las distancias mínimas de seguridad definidas en el CNE-2011.
 2.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará un riesgo a los trabajos de mantenimiento, lo cual implicaría incumplir el Código Nacional de Electricidad y otras normas del sector.
 3.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará el incumplimiento de la distancia máxima permitida de 2,3 m entre el conductor energizado y el cable de fibra óptica, distancia prevista en la Guía 11-2-550 Enel.
 4.- El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión.
 5.- Para poder cumplir lo solicitado por Azteca, Osinergmin debería modificar la estructura de los módulos reconociendo postes de AT de mayor altura y estos se vean reflejados en la tarifa eléctrica.”




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 126 de 200

- (ii) Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL), elaborada por ENEL y que adjunta a su carta como Anexo 3.
 - (iii) Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).
- Sobre la base de lo anterior, señala que procede a exponer el sustento técnico de su posición. El Informe Técnico desarrolla las limitaciones técnicas que se presentarían de exigir a ENEL que albergue a tres (3) arrendatarios en las estructuras de alta tensión de ENEL.
 - Así, en primer lugar, menciona que ENEL incurriría en un supuesto de incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE-2011), aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, se estaría incumpliendo la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.
 - De igual forma, manifiesta que la exigencia de AZTECA PERÚ generará el incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL). El Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.
 - Al respecto, indica que ambas empresas han pactado en la Cláusula Décima del Contrato que AZTECA PERÚ está obligada a actuar *"cumpliendo en todo momento con las Normas Técnicas"*, término que está definido en el Contrato como *"técnicas, emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR"* (hoy, ENEL).
 - En virtud de lo señalado anteriormente, manifiesta que queda claro que resulta aplicable en el presente caso lo dispuesto en la Guía LI-2-550 ENEL, al amparo de lo dispuesto en el marco normativo y el Contrato suscrito entre ambas partes.
 - En esa línea, refiere que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 127 de 200

permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica. Ello se puede apreciar en la referida guía:

DISTANCIAS DE SEGURIDAD		
- Distancias entre conductores y cables (comunicación y suministro) tendidos en diferentes estructuras:		
a. A lo largo de la línea (paralelo)		
o Distancia vertical	:	2.3 m
b. Al cruce entre líneas		
o Distancia vertical (*)	:	2.3 m
(*) Las líneas de comunicación se encuentran en el nivel más bajo.		
No se instalará fibra óptica en estructuras (postes de concreto y postes de madera) dañados.		
INSTALACIÓN DE CABLES DE COMUNICACIÓN EN ESTRUCTURAS DE A.T.		
	GUÍA PARA INSTALACIÓN DE FIBRA ÓPTICA	LI-2-550

- En consecuencia, manifiesta que AZTECA PERÚ no puede pretender que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios cuando los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que ello no es posible. Ciertamente, AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía cuando menos desde octubre de 2016, fecha en la cual se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico. Remite a su carta una copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde se remite, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.
- Además, señala que siendo ello así, le llama poderosamente la atención que luego de varios años de suscrito el Contrato, y teniendo conocimiento pleno de las reglas de operación y mantenimiento de la estructura eléctrica de ENEL, AZTECA PERÚ pretenda transgredir dichos estándares e incumplir lo acordado expresamente en el Contrato (Cláusula Décima) a partir de la comentada exigencia en su Solicitud.
- De otro lado, señala que aquello que solicita AZTECA PERÚ también generaría un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión a ENEL, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Además, indica que ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.
- Refiere para un mayor detalle de la imposibilidad técnica de albergar a tres (3) arrendatarios en la infraestructura de ENEL, remitirse a lo desarrollado en su Informe Técnico.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 128 de 200

- Asimismo, manifiesta sobre la base de lo anterior, que AZTECA PERÚ no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultaría perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos.
- En dicho escenario, indica que los postes de alta tensión -tal como estos son reconocidos por OSINERGMIN- no pueden acoger tres (3) arrendatarios.
- Siendo ello así, refiere que AZTECA PERÚ ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios, solicitando una adecuación que incluya el máximo número de usuarios que el OSIPTEL ha considerado anteriormente en los informes citados por AZTECA PERÚ en la Solicitud. Como ha demostrado, existe una imposibilidad en lo requerido por dicha empresa.

Por todo lo expuesto con anterioridad, solicita al Consejo Directivo de OSIPTEL que declare IMPROCEDENTE la solicitud de AZTECA PERÚ.

4.3.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 24.11.2017):


4.3.3.1 La modificación del valor de las variables “f” y “m” de la fórmula debe integrarse a la nueva contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL ha señalado que la modificación de los valores de las variables "f" y "m" dispuestas por el Viceministerio de Comunicaciones por Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), no modifica la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica que fue establecida en el Contrato de Compartición. Así pues, indican que la contraprestación fue pactada para que no se modifique de modo alguno durante un plazo de tres (3) años, por lo que, a su criterio, exigir que sólo se cobre la remuneración máxima establecida legalmente, vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado.

AZTECA PERÚ señala que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo la cuales fue suscrito el contrato que vincula a ENEL y AZTECA PERÚ. Precisan que, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas¹⁰⁴ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y

¹⁰⁴ Al respecto, "desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción" [ESCOBAR ROZAS, Fredy y



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 129 de 200

operación de la Red Dorsal, entre ellas, la existencia de una contraprestación máxima regulada y la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial¹⁰⁵, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, ENEL conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que lo planteado respecto a la modificación de la contraprestación originalmente pactada de modo que se integren los nuevos valores de las variables “f” y “m” dispuesto por la Resolución Viceministerial, en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación. AZTECA PERÚ no está solicitando al Consejo Directivo que interprete o declare la nulidad de lo dispuesto en el Contrato de Compartición (porque éste no es el fuero competente), sino que proceda a emitir un mandato que modifique las condiciones económicas que inicialmente fueron establecidas (en base a un cálculo erróneo), tal como se lo planteó inicialmente a ENEL.

En atención a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado, conforme a la Metodología, el Consejo Directivo deberá aplicar los valores de los factores “f” y “m” dispuestos en la Resolución Viceministerial y también deberá incluir en su mandato una disposición que sea clara en señalar que el valor de la contraprestación, en tanto coincida con el precio máximo regulado, podrá reducirse en el tiempo si es que la autoridad competente dispone nuevamente la modificación de dichas variables u otras.

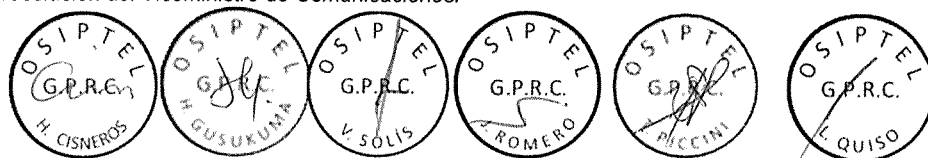
4.3.3.2 Sobre el valor del factor “Na” de la metodología.


AZTECA PERÚ señala que según ENEL la pretensión de AZTECA PERÚ de que, al calcular la nueva contraprestación, se emplee un valor igual a tres (3) para el factor “Na”, no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Añade que la Resolución Viceministerial no modificó el valor del factor “Na”, ni precisó que este debía entenderse como igual a tres (3).

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que el valor del factor “Na” siempre fue considerado en la Metodología con un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento. Por ello, en el presente caso, AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se aplique un nuevo valor al factor “Na”, como consecuencia de la publicación de la Resolución Viceministerial, sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contra prestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL.

Guillermo CABIESES CROVETTO. “La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad”. En: *Ius Et Veritas*. N.º, 2013, p. 121].

¹⁰⁵ El Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores “f” y “m” podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación: “Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 130 de 200

Asimismo, indica que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el “MTC”) estableció que el referido costo incremental se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una relación entre las variables “f” (peso adicional de cables de los arrendatarios) y “Na” (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.

Indican que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”), como se observa a continuación:

“El Informe que sustenta dicho dispositivo (Informe No 292-2017-MTC/26, el “Informe No. 292”) no deja lugar a dudas que existe una relación directa entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios de apoyos) y Na (número de apoyos o arrendatarios): la medición de la variable f consideró que el número de apoyos es igual a 3, es decir Na (número de arrendatarios=3).”


Esta interdependencia entre la variable f y el Na obedece a la racionalidad económica prevista en la Ley No. 29904 y su reglamento, que busca incrementar la penetración de Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

*En ese sentido, el valor de $f = 18.3\%$ de la RVM de 2017 debe, necesariamente y tal como lo señala dicho Informe, entenderse que equivale al costo adicional que 3 apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica y, por tanto, **la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a la 1/3 parte de ese resultado; es decir a $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$.***

El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, el “Reglamento”), se consideró que el valor de f correspondía a un acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y Na también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de $f = 4.3\%$ considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.)”¹⁰⁶ (El resaltado y subrayado es de AZTECA PERÚ).

¹⁰⁶ Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 131 de 200
	INFORME	

Indica que como explicaron en su Escrito No. 1, la lógica económica detrás de la interrelación directa de los factores “f” y “Na” y, por lo mismo, que la única alternativa razonable para la determinación de los precios máximos de compartición sea asignarle un valor de tres (3) a esta última en el caso de infraestructuras de media y alta tensión se encontraba explicada por el propio MTC en el Informe No. 292-2017-MTC/26. El economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

“El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y Na (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la Fórmula y de la metodología aplicada por el Estado peruano a través de ella, era determinar cuál es el costo incremental que le ocasiona a una torre o poste eléctrico el apoyar un cable de fibra óptica de un operador de telecomunicaciones. El criterio finalmente usado por el MTC fue asumir que el costo incremental está en función directa del peso incremental que dicha fibra óptica causa en la instalación eléctrica.

En concordancia con la sección 2.4 del referido Informe, el MTC afirma que, en la Fórmula del Reglamento (publicado y vigente desde el 2013), el criterio de peso o espacio a través del cual se mide f consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a 3, es decir $N_a = 3$. Así, el valor $f=20\%$ acumula el peso de 3 cables (arrendatarios) de fibra óptica en un determinado poste o torre, y por lo tanto la remuneración a pasar por cada apoyo era igual a $f/N_a = 20\%/3$ o 6.67%,

Similarmente, la sección 2.5 del Informe, que sustenta la RVM No. 768-2017-MTC/03, también considera que el número de arrendatarios de apoyos es igual a 3. Más específicamente el MTC estima la siguiente relación f (p. 12):


$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times \text{Peso promedio por cable FO}}{\text{Peso promedio línea de transmisión}} = (\text{Fórmula 2})$$

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times 139.23 \text{ kg/cable}}{2,279.98 \text{ kg}} = 18.3\%$$

Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es 18.3%, y por tanto la remuneración por el acceso y uso de cada apoyo es igual a $f/N_a = 18.3\%/3 = 6.1\%$.¹⁰⁷ (Énfasis y subrayado agregados)

¹⁰⁷ Ver Informe económico, p. 7.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 132 de 200

AZTECA PERÚ señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017¹⁰⁸, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3) para los postes de media y alta tensión.

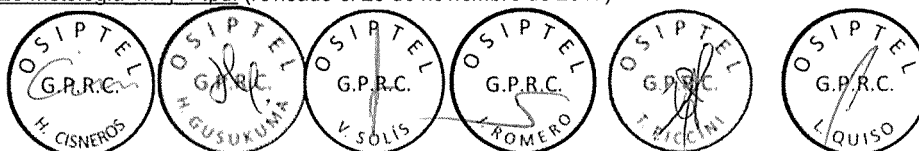
Manifiesta que no obstante lo claro que resulta que el factor “Na” es igual a tres (3), pues se encuentran en función al valor señalado para la variable “f” (peso correspondiente a tres cables de fibra óptica), lo que ha sucedido es que se ha aplicado incorrectamente la Metodología. Ello, puesto que se consideró un costo incremental que correspondía al peso de tres (3) cables de fibra óptica (valor de “f”), pero únicamente con la existencia de un cable (“Na” = 1), lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, asumieran un costo tres (3) veces mayor al que les correspondía.


“La interpretación práctica de la Fórmula tarifaria del Reglamento ha sido incorrectamente entendida en las negociaciones bilaterales entre operadores de telecomunicaciones y empresas eléctricas, debido a que el valor del parámetro f había sido interpretado por las partes como que correspondía al alquiler de 1 sólo apoyo, cuando en realidad la regulación considera el costo adicional de 3 apoyos para cables de fibra óptica. En otras palabras, para la remuneración de 1 apoyo se utilizó valores correspondientes a la cuarta columna del cuadro, en lugar de los valores establecidos en la quinta columna.”

De allí que las remuneraciones efectivamente pagadas por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) a las eléctricas privadas están muy por encima de las que resultarían si se utilizara la Fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como ha sido señalado con claridad al sustentar las modificaciones plasmadas ahora en la RVM No. 768 de agosto de 2017.

La manera más expedita de la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 la remuneración mensual (RM) que actualmente se viene pagando, debido a que se había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52

¹⁰⁸ https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metología_M_y_F.pdf (revisado el 20 de noviembre de 2017)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 133 de 200

mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes (= \$152.0/3).¹⁰⁹

AZTECA PERÚ manifiesta que, la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

Indica que dicha situación debe ser revertida, siendo el caso que AZTECA PERÚ solicitó, sin éxito, la modificación de la contraprestación señalada en el Contrato de Compartición; motivo por el cual solicita la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL para que, mediante la emisión de un mandato, determine correctamente la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar a favor de ENEL por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, atendiendo al marco normativo vigente y los principios legales y económicos que rigen tal relación de compartición.

Señala que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas). Dicha fórmula siempre debe proteger la eficiencia económica por la compartición de la infraestructura y resguardar que el operador de telecomunicaciones únicamente pague un monto por el espacio que, al diseñar y plantear la Metodología, se estimó que ocuparía la infraestructura compartida.


En dicho escenario, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL (a través de la emisión de un mandato) debe resguardar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y el cumplimiento de las normas aplicables, garantizando que las condiciones económicas por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica y, con ello, los operadores de telecomunicaciones únicamente paguen por el espacio que ocupan sus cables de fibra óptica.

Señala también que se debe tener en cuenta que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste permitirá una reducción de tarifas que beneficiará a incrementar la penetración de la banda ancha en zonas de preferente interés nacional del país.

“La reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión también beneficiará directamente a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a

¹⁰⁹ Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 134 de 200

los proveedores de acceso a Internet, debido a que se reducirán costos en sus estructuras de producción, coadyuvando de esta manera a alcanzar los objetivos del Estado peruano tendientes a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país; uno de los principales objetivos que justamente buscó el Estado peruano alcanzar a partir de la promulgación de la Ley No. 29904 y su Reglamento. El efecto de la disminución de tarifas de apoyos generará una caída en el costo marginal de la industria, lo cual se traducirá en aumentar el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida).

(...)

El efecto de la caída en el costo marginal -a consecuencia de la reducción de remuneraciones de arrendamiento de apoyos- es que aumenta el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), equivalente a la suma de las áreas sombreadas en color amarillo (B+C+D+E), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida)¹¹⁰

Asimismo AZTECA PERÚ indica que incluso, el Informe económico corrobora que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica cobrada a AZTECA PERÚ se encuentra muy por encima de las tarifas fijadas en otros países de la región, lo cual demuestra un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas, que se encuentran estableciendo una barrera económica al acceso y uso de una facilidad esencial, como es su infraestructura eléctrica, para el despliegue de la Red Dorsal.

“Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile¹¹¹


“La presencia de remuneraciones excesivas de postes y torres de alta y media tensión fijadas por las empresas privadas eléctricas, es decir remuneraciones muy por encima de aquellas competitivas existentes en otros países (basadas en costos incrementales más un margen de utilidad razonable), refleja un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.¹¹²

¹¹⁰ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

¹¹¹ Ver Informe económico, p. 4.

¹¹² Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 135 de 200

AZTECA PERÚ manifiesta que ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor “Na” es igual a tres (3), dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizarla eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones cancele un monto mayor al que le corresponde por el espacio ocupado en las torres o postes de las concesionarias eléctricas.

En consecuencia, indican que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con ENEL, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor “Na” es igual a tres (3).


Finalmente, señalan que el Consejo Directivo debe reconocer que existe una diferencia respecto a aquellos casos de compartición de infraestructura eléctrica a favor de empresas de telecomunicaciones bajo el régimen general de la Ley N° 28295, en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°. 29904: bajo dicho régimen no existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos igual ni similar a la contenida en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.

Es decir, en aquellos casos los regulados por la Ley N° 28295 y su reglamento, las empresas tienen plena libertad de negociación en lo que respecta a la contraprestación, por lo mismo, el que se aplique correctamente o no la Metodología es irrelevante, pues lo que importa al final bajo dicho régimen es que ambas empresas estén de acuerdo en pagar el monto resultante.

Del mismo modo, señala que si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen OSIPTEL aplicó o no la información y criterios correctos que correspondían en la Metodología, no afectaba el interés público, porque dicho ordenamiento no prevé una regla de precios tope. Situación distinta se presenta en este caso, donde el Consejo Directivo debe resguardar el interés nacional y la necesidad pública que se ha reconocido en que el operador de la Red Dorsal no pague más de lo que el Reglamento ha establecido como “precio máximo” por el uso de la infraestructura eléctrica.

En ese sentido, solicitan que en este procedimiento el Consejo Directivo revise los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica de media y alta tensión bajo la Ley N°. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor “Na”, en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de “precio máximo”, sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 136 de 200

4.3.3.3 Informe denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 20 de noviembre de 2017.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe en el cual destaca la relación directa existente entre los valores de las variables “f” y “Na” expuesta en el Informe que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03 cuya interdependencia, basada en el hecho de que la medición de la variable f ha considerado un número de apoyos igual a tres, también se evidencia en el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03. En base a ello, se argumenta que el valor de la variable f igual a 18.3% debe entenderse como equivalente al costo adicional que tres apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica, de tal modo que la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a 6.1%, cifra que representa la tercera parte de dicho valor.

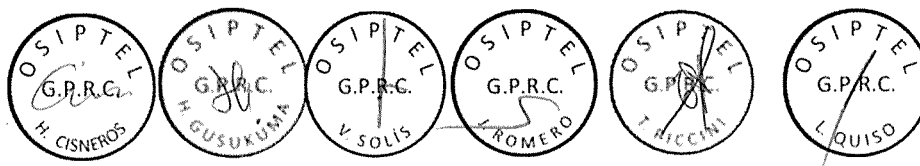
En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable.


Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

4.3.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

4.3.4.1 Respecto de la legalidad de la modificatoria de la retribución pactada.

En primer lugar, se debe señalar que el numeral 5 y 6 de la Cláusula Primera del referido contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL, hace mención al marco normativo principal bajo el cual se celebra el contrato, tal como se observa a continuación:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 137 de 200
	INFORME	

- (5) En cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada mediante Ley N° 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, AZTECA ha efectuado un requerimiento a EDELNOR para acceder y usar Infraestructura, tal como se encuentra definida en la Cláusula Segunda de este Contrato.
- (6) Después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo establecido por el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, AZTECA y EDELNOR han acordado suscribir el presente Contrato.

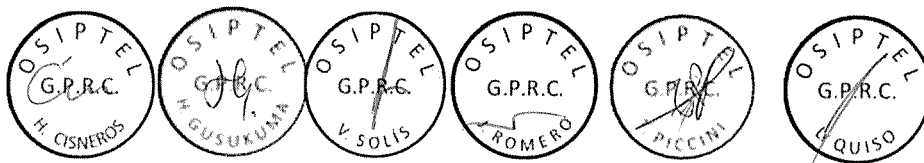
En ese sentido, tratándose la presente de una relación de compartición creada al amparo de la Ley N° 29904, la modificación, regulación o extinción del mismo debe sujetarse también a las disposiciones de dicha Ley. Cabe indicar que, respecto de la competencia del OSIPTEL para intervenir en la vía de mandato ante la falta de acuerdo de las partes para modificar condiciones del contrato respectivo, nos remitimos a lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del presente informe.


De otro lado, en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (vigente desde el **05 noviembre del 2013**) se detalla la fórmula que determinará el valor de dicha contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres), en el cual se señala entre otros aspectos, que los valores establecidos para las variables m, l, h, y f en dicho Anexo 1, podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones, tal como ocurrió a través de la reciente modificatoria aprobada por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 en agosto del 2017.

De manera complementaria, el artículo 30.4 del referido Reglamento señala también lo siguiente:

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

De esta manera, la normativa bajo la cual las partes suscriben el contrato, **salvaguarda el principio de “No Discriminación” respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones**, por parte de concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos. Dicha disposición vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del Contrato, supone que no pueden co-existir en el mercado ciertos contratos, con valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo, con otras relaciones de compartición (contratos o mandatos) con valores de contraprestaciones que



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 138 de 200

resulten menores a dichos valores inamovibles, en el caso de modificatorias a los valores de los parámetros m, l, h, y f de la fórmula establecida en el referido Anexo 1, que sean consideradas sólo para algunos contratos.

Dicha situación podría significar eventualmente un trato discriminatorio por efectos de un menor precio fijado en otras relaciones de compartición, en las que si se hayan considerado los valores vigentes para los parámetros m, l, h, y f, al momento de la suscripción de algún otro contrato, o de la emisión de un mandato de compartición, en la que también intervenga el mismo concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos que tiene pactado con otro operador de telecomunicaciones, contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo. Claramente dicha situación atenta contra el referido principio de “No Discriminación” que subyace al referido artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904, normativa conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.


De otro lado, el numeral (1) de la Cláusula Cuarta del contrato suscrito por las partes, referida a la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL, señala lo siguiente:

*“(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. **El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° I, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato.** Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.”* (El resaltado es nuestro).

Como se observa, en el citado texto del contrato se señala la intención de las partes de sujetarse a la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y no de desconocerla. No obstante, dicho texto señala también que se deberá revisar los importes fijados de acuerdo a las nuevas condiciones legales existentes luego de tres años de vigencia mínima. Esto último resulta contradictorio con el principio de “No Discriminación” señalado anteriormente, y con la observancia, sin restricciones, de la aplicación de la metodología señalada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

En conclusión, el numeral (1) de la referida cláusula restringe en el tiempo la aplicación de la referida metodología, por lo que no puede ser considerado como “términos válidamente pactados por las partes” tal como lo señala ENEL, por contraponerse al Reglamento de la Ley N° 29904, en cuanto a la fijación y aplicación de contraprestaciones, norma vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 139 de 200

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, considerando las modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ.

4.3.4.2 Respeto del número máximo de arrendatarios señalados por ENEL.

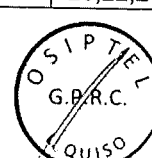
Respecto de que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas, se debe enfatizar que la determinación del valor del “Na” es tres (3) en todos los casos. Ello debido a que la premisa utilizada en la determinación de la fórmula para dimensionar el costo incremental del operador eléctrico, era considerar a tres (3) arrendatarios, tal como se explicó anteriormente.


Asimismo, el informe técnico presentado por ENEL, concluye entre otros aspectos que:

“El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión.” (El resaltado es nuestro).

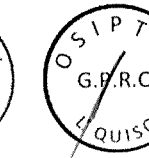
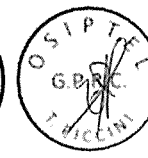
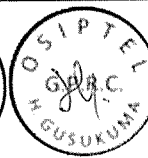
Al respecto se debe señalar que distintas empresas concesionarias de servicio público de energía eléctrica han remitido información al OSIPTEL, en respuesta a un requerimiento de información en el año 2016, en la cual se evidencia que el número máximo de arrendatarios a los que se puede dar acceso a una infraestructura de alta tensión es mayor a uno (01). A continuación se detallan algunos ejemplos extraídos de la información remitida:

Operado eléctrico con estructuras de alta tensión	Código de infraestructuras de soporte eléctrico de alta tensión	Número máximo de arrendatarios (*)	Altura (m)	Documento
ADINELSA (Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.)	Poste/Torre de acero: PA18/9900 PA21/7000 PA22/6550 PA25/6000 PA26/6150	2	16, 18, 19, 21, 22, 25 y 26	C.393-2016-GT-ADINELSA recibida el 25.10.2016
	Postes de concreto armado: PC16/1300 PC19/1300			
CONENHUA	Torre de acero:	2	20,22,2	Carta



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 140 de 200
	INFORME	

(Consortio Energético de Huancavelica S.A.)	TA060SIR1D1C1120FS±0 TA060SIR1D1C1120FS+6 TA060SIR1D1C1120FA±0 TA060SIR1D1C1120FB+3 TA060SIR1D1C1120FR±0 TA060SIR1D1C1120FR+3 TA060SIR1S1C1120FS±0 TA060SIR1S1C1120FS+6 TA060SIR1S1C1120FA±0 TA060SIR1S1C1120FB+3 TA060SIR1S1C1120FR±0		3,26 y 28	CONENHUA-GG-120-2016 recibida el 26.10.2016
EGASA (Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.)	Estructura de Acero: PA25/9700 PA29/5450 PA31/5400	4	25, 29 y 31	Carta C.GG-0366/2016-EGASA recibida el 03.11.2016
EGESUR (Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A.)	Estructura de Acero: PA21/1650 PA21/2750	2	21	Carta C.C-G-1912-2016/EGS recibida el 07.11.2016
ELECTRO DUNAS (Electro Dunas S.A.A.)	Postes de concreto: PC18/600 Estructuras de acero galvanizado de 22 y 35 m.	4	18, 22 y 35	Carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23.11.2016
ELECTRO PUNO (Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad - Electro Puno S.A.A.)	Estructura de Acero: PC21/600	3	21	Escrito S/N recibido el 14.10.2016
PROYECTO PEOT (Gobierno Regional de Lambayeque)	Torre de acero: TA060SIR1S1C1120A+3 TA060SIR0D1C1120S+3 TA060SIR0D1C1120S±0 TA060SIR1S1C1120S+3 TA060SIR1S1C1120B±0 TA060SIR1S1C1120B-3	2	16, 19 y 22	Oficio 1329-2016-GR.LAMB/PEOT recibido el 20.10.2016
SAN GABAN (Empresa De Generación Eléctrica San Gabán S.A.)	Poste de Acero: PA25/1200 PA25/4400 PA25/4450 PA25/7000	2	25	Carta C.EGESG N° 605-2016-GG recibido el 28.10.2016
ELECTRO ORIENTE (Empresa Regional)	Poste de Concreto: PC21/400 PC21/1400	5	19, 21, 23, 25, 26, 29	Carta C.G-1430-2016 recibida el 25.10.2016




de Servicios Públicos de Electricidad del Oriente S.A.)	PC25/400 PC25/3400 Poste de Acero: PA19/5250 PA19/8300 PA21/800 PA21/5450 PA23/9400 PA23/15150 PA25/700 PA25/8100 PA26/5500 PA26/15800 PA29/1250 PA29/8750 PA31/5400		y 31	
---	--	--	------	--

(*) Se solicitó expresamente a las empresas, el número máximo de arrendatarios (concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones) a los que sea factible dar acceso por cada uno de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres) consignados por su representada en el presente cuadro, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas que resultarán aplicables.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se debe señalar que como parte del presente pronunciamiento, no se requiere determinar si efectivamente los postes y torres de ENEL, técnicamente pueden dar acceso como máximo a un (01) arrendatario o más arrendatarios, debido a que, como se indicó anteriormente, la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos, al margen del caso particular de ENEL, cuyos postes y torres, según lo señala dicha empresa, cada uno son de diferente tipo y con capacidades distintas.

Es importante también señalar que la determinación del valor de la retribución mensual por parte del OSIPTEL, considera el pago que debe realizar un arrendatario por instalar un cable de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico. Por ejemplo, si hipotéticamente ENEL modificara su infraestructura, y le fuera factible dar acceso a dos o tres arrendatarios, la retribución mensual sería la misma ya que fue fijada por arrendatario. Así, ENEL podría cobrar en total, el doble o el triple de dicha retribución fijada por el OSIPTEL, dependiendo el número de arrendatarios con los que cuente. Cabe también señalar, que los costos incrementales generados por cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, tal como se detallara ampliamente más adelante, por lo que en el caso de que ENEL tenga siempre un arrendatario, sólo se habrían generado los costos incrementales atribuibles a dicho arrendatario.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 142 de 200

4.3.4.3 Respetto del valor de retribución mensual y del número de arrendatarios.

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual).

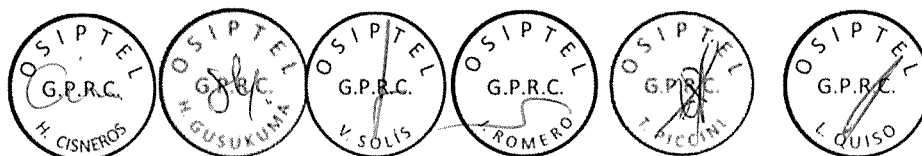
El Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de la contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental), asignable a cada arrendatario.


De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicaciones por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin compartición). Así, cada cable que se instala en la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobre costo del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

Es decir, si en un momento determinado dos arrendatarios accedieran a un mismo poste o torre, generarían en conjunto un costo incremental de 12,2% del costo de operación y mantenimiento habitual, y si fueran tres arrendatarios generarían, en conjunto, como costo incremental, un 18,3% del costo de operación y mantenimiento habitual; y así sucesivamente, hasta completar la cantidad máxima de arrendatarios que pueda soportar una determinada infraestructura de soporte eléctrico.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), en



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 143 de 200

algunos casos, aun considerando el costo incremental total por el acceso de tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

N°	CÓDIGOS DE LAS BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Monto pagado por 03 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Monto pagado por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)*
1	EA060COU0S0-300-A2	68.70	53.57
2	EC060COU0D0-300-S1	9.50	53.57
3	EMSU1P60C1	8.50	53.57
4	PPC20	1.50	4.74
5	PPC24	1.90	4.74
6	PPC35	0.30	1.79
7	PPC38	0.30	1.79
8	PPC40	0.40	1.79

Nota:

(*) Para efectos de comparación, se utilizó un tipo de cambio de soles por dólar de S/3.31, correspondiente al 09 de noviembre de 2015.

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están, en todos los casos, muy por debajo de los precios acordados en el contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

Construcción de la fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual

El valor de la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (RM), según lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y modificatoria, se determina aplicando la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde *Na:* número de arrendatarios

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.



Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: **20%** para baja tensión y **18,3%** para media y alta tensión.

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP : Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

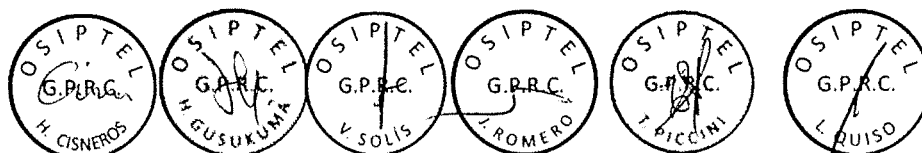
m : **77%** para baja tensión y **84,3%** para media y alta tensión.
(Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).

l : **7,2%** para baja tensión.

h : **13,4%** para media o alta tensión.

Asimismo, la aplicación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, da como resultado la contraprestación mensual que corresponde aplicar, por el acceso y uso de cada poste o torre, a un único operador de telecomunicaciones por la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Esta definición se basa en la premisa que cada operador que accede a la infraestructura de soporte eléctrico, instalará un (01) cable de comunicación, por lo que si algún arrendatario requiere instalar más de un cable de comunicación en el referido poste o torre, éste deberá pagar tantas veces el monto de la contraprestación mensual unitaria que se determine como cables haya instalado en dicho poste o torre.

Cabe señalar, que mediante la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de agosto del 2017, el MTC modificó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, referida anteriormente, en cuanto a los valores de los parámetros "f" y "m", siendo los valores indicados anteriormente, los vigentes a la fecha.



De manera específica, respecto del parámetro “f” se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>f = 20% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>f = 20% (para baja tensión)</i>
	<i>f = 18,3% (para media y alta tensión)</i>

Dicho componente representa la fracción del costo de OPEX mensual de la infraestructura sin compartición (componente denominado “OMs”), que equivale al OPEX que se genera de manera adicional como consecuencia de la compartición (componente denominado “OMc”).

De otro lado, respecto del parámetro “m” que expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>m = 77% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>m = 77% (para baja tensión)</i>
	<i>m = 84,3% (para media y alta tensión)</i>

Valor que corresponde considerar como “Na” (número de arrendatarios).


Refiriéndonos concretamente a la normativa vigente, la lectura de la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 nos permite concluir que, la retribución mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientado al costo económico incremental adicional, en el que incurre el operador eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación; el cual fue dimensionado por el MTC en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico (resultado de dividir 139,23 Kg/Km entre 2.279,98 Kg/Km), en un escenario sin compartición.

En efecto, en la exposición de motivos de la resolución que aprueba los nuevos valores para “f” y “m”, según lo detallado anteriormente, se señala el siguiente texto:

“... ”

Para el cálculo de la variable “f” utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio. De modo que el valor variable “f” utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 146 de 200

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\frac{3 \times 139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

De los resultados obtenidos tenemos que el valor de "f" según el criterio de pesos es de 18,3% y según el criterio de espacios (metodologías del 2013) es de 17%.

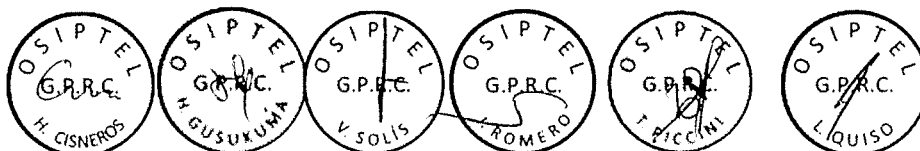
A fin de determinar la variable "f", esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18,3%, válido para Media y Alta tensión." (Lo resaltado es nuestro).


Como se observa, el valor del 18,3% es el 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). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe Nº 292-2017-MTC/26^[113], el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 cables de comunicación.

Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto publicado para comentarios en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de febrero del 2017, según lo dispuesto por la Resolución Vice Ministerial Nº 133-2017-MTC/03, en el cual se propuso un valor de "f" = 5,8%, debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de "f" = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución Nº 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución Nº 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 03 cables de comunicación
Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)

¹¹³ De fecha 04 de agosto de 2017, disponible en la página web del MTC http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metolog%C3%ADa_M_y_F.pdf



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 147 de 200
	INFORME	

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 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)

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). En este punto es necesario señalar que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.

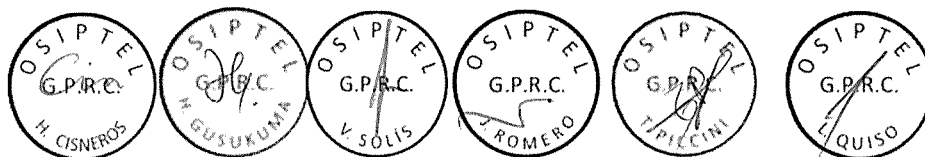
Criterio de eficiencia en la determinación de un "Na" = 3


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 al costo adicional por el uso de su infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de un "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se generan distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros.

A modo de ejemplo, si un poste o torre puede albergar hasta dos (02) operadores, la aplicación de un "Na" = 02 deriva en que la Renta Mensual calculada esté sobredimensionada (pues el costo incremental total está dimensionado para 03 cables de comunicación). En ese escenario, el arrendatario pagará más respecto de lo que debió haber pagado. Sin embargo, si aplicamos un "Na" = 03, obtenemos un valor de contraprestación mensual atribuible a un (01) cable de comunicación.

De otro lado, con fines ilustrativos, se muestra como la aplicación de un valor del número de arrendatarios "Na" = 03, determina un valor de contraprestación mensual consistente con el costo incremental generado por el acceso de un (01) arrendatario en un poste que como máximo permite instalar dos (02) cables de fibra óptica. Adicionalmente, en este caso asumimos que el costo de operación y mantenimiento adicional originado por cada operador de telecomunicaciones es de US\$ 5 dólares por arrendatario que instala un cable de fibra óptica. En ese sentido, el costo de operación y mantenimiento adicional total es de US\$ 10 dólares por el acceso de dos arrendatarios.

En este caso, la aplicación del parámetro "P" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 148 de 200

del número de arrendatarios “Na” = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

Es importante notar, en este ejemplo, que el considerar un “Na” = 02 implica que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares por arrendatario, sino de US\$ 7,5 dólares (15/2); es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional es de US\$ 10 dólares (por los dos arrendatarios), terminaría cobrando en conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

Del mismo modo, para el caso de un poste que permite instalar cinco (05) cables de fibra óptica, la aplicación del parámetro “f” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y un “Na” = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, el considerar un “Na” = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

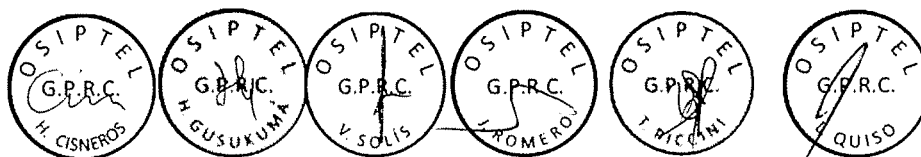
A continuación se muestra un cuadro comparativo entre las rentas mensuales totales que recibiría el operador eléctrico, considerando un “Na” = 3 en todos los casos, y la situación en la que consideramos un “Na” distinto de 03, a partir de un costo de operación y mantenimiento (OPEX) mensual sin compartición de US\$ 82 dólares (componente OMs de la fórmula anteriormente referida).


Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (*)	Renta total con “f”= 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferenci al (RM total 1 - costo)	Diferenci al (RM total 2 - costo)	Impacto en el costo de compartición
5	25,0	15,0	5,0	25,0	3,0	15,0	0,0	-10,0	40%
4	20,0	15,0	5,0	20,0	3,8	15,0	0,0	-5,0	25%
3	15,0	15,0	5,0	15,0	5,0	15,0	0,0	0,0	0%
2	10,0	15,0	5,0	10,0	7,5	15,0	0,0	5,0	-50%
1	5,0	15,0	5,0	5,0	15,0	15,0	0,0	10,0	-200%

Notas:

(*) Por simplicidad en este ejercicio, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin compartición (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(**) Por simplicidad en este ejercicio, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas), a fin de visualizar claramente el efecto del cambio en el valor del “Na”.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 149 de 200
	INFORME	

Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de “Na” igual a 03, independientemente del tipo de poste y cantidad de cables que pueden ser instalados, el costo incremental total generado es consistente con la renta total a ser cobrada por el operador eléctrico; mientras que considerando cualquier otro valor para “Na” se perjudica económicamente al operador eléctrico o al operador de telecomunicaciones, lo que constituye una solución sub óptima desde el punto de vista de eficiencia económica (lo que se paga por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición).

En efecto, como se observa en el cuadro anterior, si se considera un “Na” menor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Por ejemplo, si el valor del “Na” es 2, entonces el operador de telecomunicaciones paga más del 50% extra al costo incremental, y si el valor del “Na” es 1 entonces paga el triple del costo incremental que le corresponde (200% extra). De otro lado, si se considera un “Na” mayor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde. Es decir, si por ejemplo el valor del “Na” es 4 el operador de telecomunicaciones paga un 25% menos del costo incremental, mientras que si el valor del “Na” es 5 paga un 40% menos. Como se observa, el impacto en el costo de compartición es considerablemente alto cuando se considera un valor de “Na” diferente a 03, para cualquier caso.

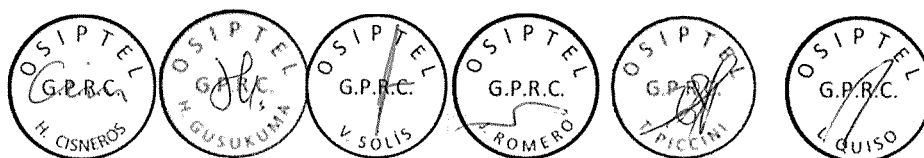
Como se expuso, la aplicación de un “Na” = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga exactamente al costo incremental individual atribuible al arrendatario es consistente con la naturaleza de la normativa vigente.


Naturaleza y objetivo de las disposiciones normativas aplicables.

La aplicación de un valor de “Na” (cantidad de arrendatarios) igual a tres (03), está alineada con el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario, es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos:

El artículo 7 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹¹⁴, señala como uno de los principios el siguiente:

¹¹⁴ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 150 de 200

“Onerosidad de la Compartición.- Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable.” (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición.

Complementariamente, el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295¹¹⁵, establece como uno de los principios de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que:

“(...) toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.” (Lo resaltado es nuestro).

En atención a dicho artículo, la renta mensual que debe pagar un beneficiario (arrendatario), debe retribuir únicamente el costo incremental generado por dicho beneficiario.

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica¹¹⁶, señala que:

12.3 “El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que actúan como concedentes de los servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes por carretera y ferrocarriles, respectivamente, establecen dentro de sus respectivas regulaciones, los mecanismos para el reconocimiento de los costos incrementales en los que incurran sus concesionarios a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.” (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la normativa reconoce la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, en estricto.

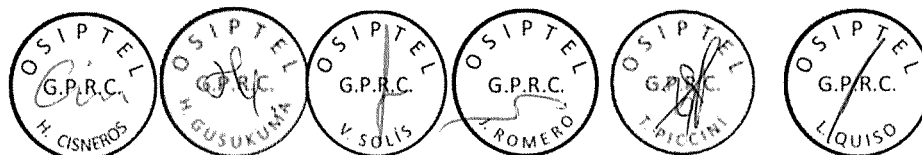
Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904¹¹⁷ señala que:

20.2 “El reconocimiento de los costos incrementales, tanto de inversión como de operación y mantenimiento, considerará mecanismos que reflejen costos eficientes, así como las condiciones reales de mercado y de obra.” (Lo resaltado es nuestro).

¹¹⁵ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

¹¹⁶ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

¹¹⁷ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.

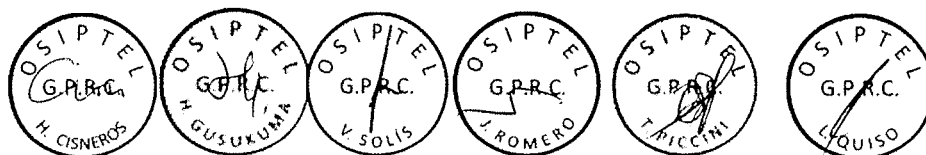
En conclusión, de acuerdo a lo expuesto, en función de sus facultades, el OSIPTEL establece que el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03), lo cual es consistente con los criterios de fijación de precios de la normativa en general.


b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a ENEL.

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a ENEL, entre otros, información de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, la cual fue remitida mediante carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 3 de noviembre de 2017.

Las referidas estructuras corresponden a postes de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, siendo un total de 4,321 estructuras de soporte eléctrico, instaladas en diversos distritos del departamento de Lima y de la provincia constitucional del Callao. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ENEL:

Nº	CÓDIGOS DE "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS (POSTE)	NIVEL DE TENSIÓN REPORTADA (BT, MT, AT)	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE POSTES
1	EA060COU0S0-300-A2	Metálico	AT	18	212
2	EC060COU0D0-300-S1	Concreto	AT	19	112
3	EMSU1P60C1	Madera	AT	18	371
4	PPC20	Concreto	MT	13	1,326
5	PPC24	Concreto	MT	15	809
6	PPC35	Concreto	BT	8	254
7	PPC38	Concreto	BT	9	267
8	PPC40	Concreto	BT	11	970



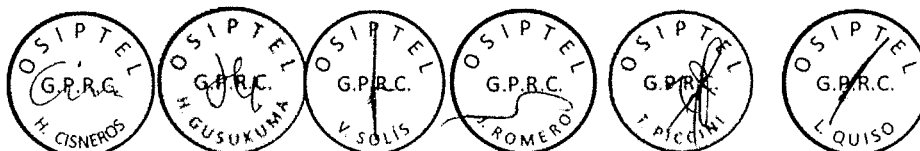
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 152 de 200


Sobre esa base, se muestran los precios de las infraestructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro, así como la descripción de dichas infraestructuras, considerando las bases de datos de OSINERGMIN, las cuales corresponden a 3 códigos de la base de datos "MOD INV_2017" y a 5 códigos de la base de datos "SICODI":

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	DESCRIPCION DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	PRECIO CIF UNITARIO (US\$, sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	EA060COU0S0-300-A2	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	17,210.08	MOD INV_2017
2	EC060COU0D0-300-S1	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	2,375.70	MOD INV_2017
3	EMSU1P60C1	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,141.56	MOD INV_2017
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	364.69	SICODI
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	476.76	SICODI
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	136.80	SICODI
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	159.17	SICODI
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	206.03	SICODI

De esta manera, considerando en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, los referidos precios de las infraestructuras de soporte eléctrico y las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	21.80
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	3.00
3	EMSU1P60C1	AT	2.70
4	PPC20	MT	0,46



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 153 de 200
	INFORME	

5	PPC24	MT	0,60
6	PPC35	BT	0,10
7	PPC38	BT	0,11
8	PPC40	BT	0,15

Nota:

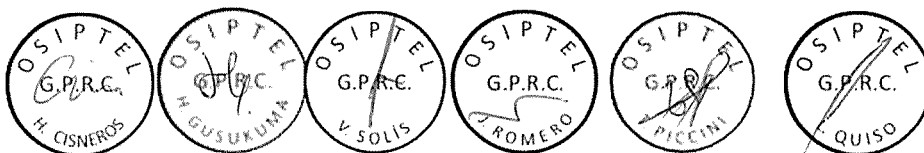
(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América.


Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada poste de ENEL por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.

Cabe señalar, que los referidos valores de retribución mensual por arrendatario es el resultado de los siguientes cálculos:

- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada torre, multiplicamos el precio CIF unitario de cada torre extraído de la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de **1,843** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), dando como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- A fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de **0,134** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de **0,183** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 03 arrendatarios. Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos (US\$), sin IGV, corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación de la retribución mensual por arrendatario establecida, así como, los



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 154 de 200

valores de retribución mensual por cada arrendatario, para cada una de las 4,321 estructuras de soporte eléctrico que ENEL arrienda a AZTECA PERÚ.

4.3.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.3.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 4 recibido el 06.02.2018).

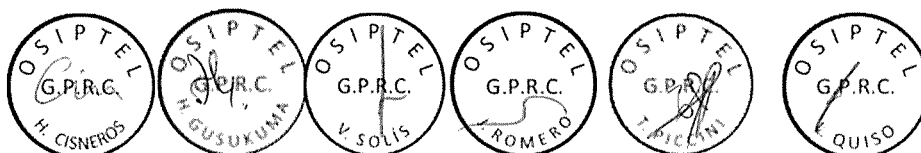
A. SOBRE LA RETRIBUCIÓN POR EL USO DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA


AZTECA PERÚ manifiesta que en el Proyecto de Mandato, se señala que la retribución por el uso de infraestructura eléctrica está definida como un pago que se sustenta en los costos adicionales por la operación y mantenimiento (costo incremental) asignable a cada arrendatario cuyo cable de comunicación es soportado en los postes o torres de la empresa eléctrica. En esa línea, manifiesta que se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”) en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de la infraestructura. En consecuencia, el valor que corresponde considerar como “Na” es tres (3), en tanto el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) arrendatarios, por lo que la aplicación de dicho valor genera que la contraprestación sea la que realmente corresponde abonar por el espacio que ocupa un cable en la infraestructura.

Asimismo, AZTECA PERÚ manifiesta que también sostuvo que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). En efecto, se argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, señala que resulta evidente para cualquiera que revise la operatividad de la Metodología que existe una relación directa entre las variables “f” (peso adicional de cables de los arrendatarios) y el denominador “Na” (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica necesariamente tiene que guardar coherencia con el número de cables.

Manifiesta que coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTTEL, en el extremo referido a que el valor que le corresponde asumir al factor “Na” es tres (3), a fin de que la Metodología cumpla con el principio de eficiencia y cada arrendatario abone el costo incremental que se genera por operación y mantenimiento de la infraestructura que soporta un cable de fibra óptica.

Además, indica que se debe recordar que el MTC ha sido claro al establecer que, luego de analizar las características propias de los soportes eléctricos que se suelen emplear, optó por diseñar la Metodología bajo la presunción general de que éstos tienen la capacidad de albergar tres (3) cables de comunicaciones. Por consiguiente,



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 155 de 200

para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y eficiente, reflejando únicamente el costo incremental que se genera por el espacio que ocupa cada arrendatario, tiene que considerarse (obligatoriamente) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, señala que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3).

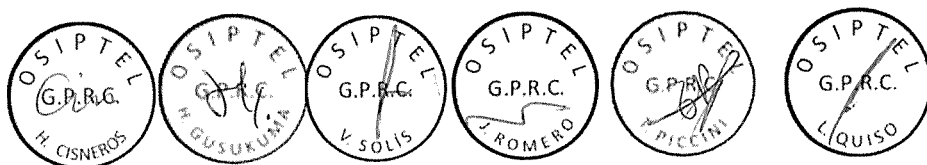
Adicionalmente señala que es importante y necesario que el Consejo Directivo reconozca que, desde que se aprobó la Metodología mediante el Reglamento en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador “Na” era igual a tres (3). Ello se evidencia claramente en el Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor “f”, tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que en promedio todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.


De este modo, señala que si bien el Informe No. 251-2013-MTC/26 reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, claramente el MTC decidió que, para efectos de regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), como se puede observar a continuación:

“Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)

***En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; asimismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos, por ejemplo, para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f del 20% que implica un margen de seguridad razonable: respecto al 15% calculado.”** (subrayado y énfasis agregados)*

Refiere que en ese orden de ideas, el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017, que sustenta la Resolución Viceministerial, sólo sigue la pauta regulatoria ya establecida por el MTC en el Informe No. 251-2013-MTC/26, afirmando que el criterio de peso o espacio a través del cual se mide la variable “f” consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a tres (3), es decir “Na” igual a tres (3). De ese modo, el Informe No. 292-2017-MTC/26 esclarece las dudas que podría



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 156 de 200

tenerse sobre el valor del denominador “Na”, ratificando que el valor correcto para su aplicación en la Metodología es tres (3).

Lo anterior señala que es explicado claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, de 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”), que se adjuntó como Anexo 2-B de su Escrito No. 2.

Manifiesta además que corresponde que el Consejo Directo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado en el presente caso, precise que el valor del “Na” igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento, remitiéndose en primer lugar al Informe No. 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. En efecto, en la página 61 del Informe No. 00221-GPRC/2017 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL únicamente se hace referencia al Informe No. 292-2017-MTC/26, cuando el Informe No. 251-2013-MTC/26 del MTC fue la primera fuente en la que se establece que el costo incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.


Adicionalmente refiere que en línea con lo desarrollado anteriormente, corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que dicho valor (igual a tres) fue determinado de ese modo desde la emisión del Reglamento.

Asimismo, indica que lo solicitado previamente resulta trascendental pues, como señala en sus anteriores escritos, desde la entrada en vigencia del Reglamento y su Metodología, los operadores eléctricos y de comunicaciones debían haber asignado al denominador “Na” el valor de tres (3), conforme lo ha definido claramente el MTC. El haber estado facturando retribuciones calculadas en función a un “Na” igual a uno (1), ha implicado que se transgreda el mandato legal contenido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento; sin respetarse el precio máximo definido en el marco normativo aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento.

En consideración a lo expuesto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos, conforme ha sido desarrollado en este acápite:

- (i) El valor del factor “Na” igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 157 de 200

- (iii) La contraprestación fijada inicialmente en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA PERÚ y ENEL excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

4.3.5.2 COMENTARIOS DE ENEL (Escrito s/n recibido el 06.02.2018).

- A. El Proyecto de Mandato establece que el denominador “Na” de la Fórmula es igual a tres (3), lo cual no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Por lo tanto, no se justifica la modificación de la Retribución pactada en el Contrato**

ENEL manifiesta que sin perjuicio de que el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente, a continuación expone el sustento por el cual la supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios en el denominador “Na” de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico.

A.1 Fijar el valor “Na” como igual a tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo

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

Refiere además, que el Proyecto de Mandato señala que *“según se desprende de la lectura de la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03”, se considera que un poste/torre “puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio”.*

ENEL señala que la supuesta afirmación de la RVM es errónea e inexacta. La RVM fue publicada el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables “f y “m” previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:



NORMAS LEGALES **25**

El Peruano / Sábado 5 de agosto de 2017

**"ANEXO 1
METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE
LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO
Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS
CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE
ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS**

La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

* Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.

* Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.

* La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.

* El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.

* La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{i}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía

m= 77% Para Baja Tensión y 84.3 para Media y Alta Tensión

Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros

i= 7.2% Para baja tensión h= 13.4% Para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para las variables m, i, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones*

Regístrese, comuníquese y publíquese

CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ
Viceministro de Comunicaciones

1551411-1

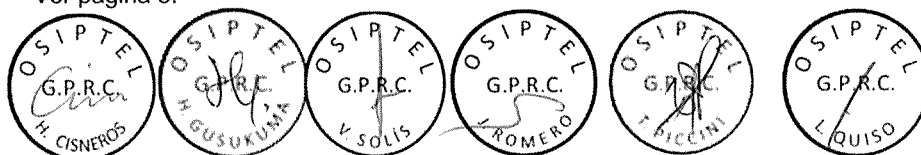
Asimismo, manifiesta que en ningún extremo de la RVM se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador "Na" del factor "B" como igual a tres (3). Por lo tanto, señala que a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no ha incorporado disposición alguna en el Reglamento donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios¹¹⁸.


Refiere además, que el Reglamento no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como AZTECA PERÚ sostiene de forma errónea. Considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador "Na" deba ser igual a tres (3), no existe tal "nueva regla" alegada por AZTECA PERÚ en su solicitud de mandato. En consecuencia, ENEL manifiesta que dicho argumento carece de base normativa y no corresponde entonces que se modifique la Retribución en el Contrato.

Indica que lo señalado por AZTECA PERÚ no está contenido en la normativa aplicable, ya que se base en un informe que no tiene rango de norma. En efecto, en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se analizó las variables de "m" y "f" que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisó que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se "consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios"¹¹⁹. Del mismo modo, el Informe N° 292-2017-MTC/26 señaló que para la

¹¹⁸ De hecho dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial.

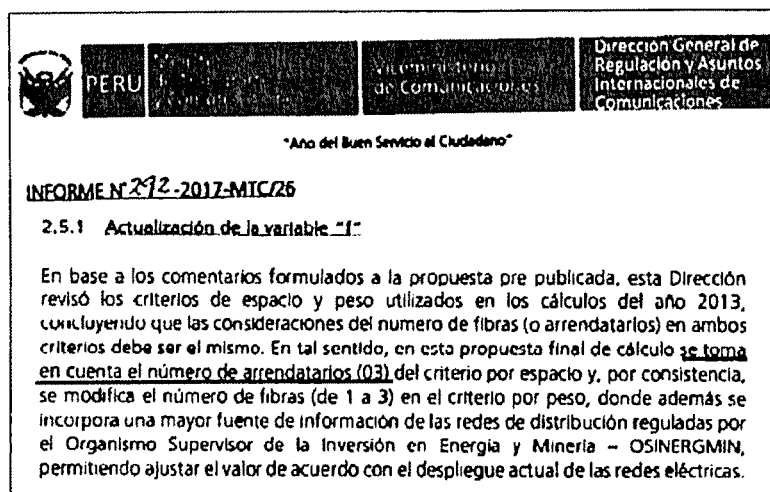
¹¹⁹ Ver página 8.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 159 de 200

determinación del peso “se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores”¹²⁰.

Asimismo, ENEL refiere que al analizar la actualización de la variable “f”, el Informe N° 292- 2017-MTC/26 señala lo siguiente:



Señala además, que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente da cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las variables “f” y “m”, sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento.

Asimismo, refiere que nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento.


Indica que como bien ha señalado Morón Urbina, el informe o dictamen “constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva, no decisoria”. Así, el “carácter sustancial” del informe “no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas”, de manera que “esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutorio o sujeto a fe plena”¹²¹.

ENEL manifiesta que le llama la atención que el Proyecto de Mandato se respalde en informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador

¹²⁰ Loc. Cit.

¹²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General”. Lima. Gaceta Jurídica, 2009. 8o ed., p. 500.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 160 de 200

“Na” al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. Sin embargo, dicho criterio no se encuentra recogido en la normativa, tan es así que no fue materia de regulación en la RVM, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.

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

Manifiesta que por el contrario, en el presente caso corresponde que el OSIPTEL aplique el **Principio de Legalidad**, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en virtud del cual se establece que *“las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas”*.

Asimismo, indica que el referido principio se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades, otorga facultades y apodera a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites¹²². Como consecuencia de ello, dichos límites facultan a los administrados a poder exigir a la Administración Pública que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que sus actos se verifiquen por los órganos competentes¹²³.

Indica que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Así las cosas, las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstos no han sido recogidos expresamente por el Reglamento, como sucede en el presente caso.


Además, señala que al argumentar que la aplicación del “Na” debe ser igual a 3, el Proyecto de Mandato refiere que la contraprestación debe ser acorde al Principio de Onerosidad de la Compartición previsto en la Ley N° 28295, según el cual toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable. Así, concluye que *“no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición”*¹²⁴.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS, 2006. p. 449.

¹²³ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 22° Edición. México D.F.: Porrúa, pp. 451-452.

¹²⁴ Ver página 91 del Informe N° 00005-GPRC/2018.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 161 de 200

De otro lado, ENEL manifiesta que la GPRC no ha tenido en cuenta dos aspectos en dicha argumentación: i) su relación de compartición se rige por una ley especial, la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha y Construcción de Red Dorsal de Fibra Óptica, y consecuentemente, no resulta aplicable la citada Ley N° 28295, Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura; y, ii) la mal citada Ley N° 28295 establece un régimen de precio libre, de manera que sí es razonable que los casos sujetos a dicho régimen se rijan por el Principio de Onerosidad de la Compartición. Sin embargo, señala que en el presente caso estamos ante un régimen de precio máximo, de manera que el razonamiento y la interpretación de la GPRC en este extremo carece de sustento legal y confunde atributos de dos (2) regímenes distintos y con diferentes reglas especiales.

Refiere que más allá de lo expuesto, lo que plantea AZTECA PERÚ es en realidad que se aplique el criterio de considerar tres potenciales arrendatarios para el cálculo de la Retribución. Indica otra vez, aun en el escenario errado de AZTECA PERÚ (y sin perjuicio de la cláusula arbitral pactada), en vía administrativa lo planteado por dicha empresa solo podría evaluarse en un procedimiento de solución de controversias ante un CCO competente. AZTECA PERÚ optó por una vía legal impertinente.

A.2 La supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico.

ENEL manifiesta que AZTECA PERÚ en su carta DJ-1258/17 señala que, en la medida que el Informe N° 292-2017-MTC/26 menciona que el criterio por espacio empleado para los valores de las variables de “m” y “f” consideró tres (3) arrendatarios, en consecuencia *“esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología [la Fórmula] que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios”*.

Señala que no obstante ello, AZTECA PERÚ incurre en otra imprecisión al no haber considerado en la solicitud y en ninguna de sus comunicaciones los aspectos técnicos propios de la infraestructura de ENEL. De hecho, a la fecha, informa que no ha recibido ninguna comunicación de AZTECA PERÚ donde se le consulte sobre la viabilidad técnica de soportar tal número de arrendatarios en su infraestructura.

ENEL manifiesta que su infraestructura está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Para mayor detalle del sustento técnico, hace referencia a tres (3) documentos:

- (i) Informe Técnico de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por su personal técnico (en adelante, “Informe Técnico”) y que adjunta a su escrito.
- (ii) Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL), elaborada por ENEL y que adjunta a su escrito.
- (iii) Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).

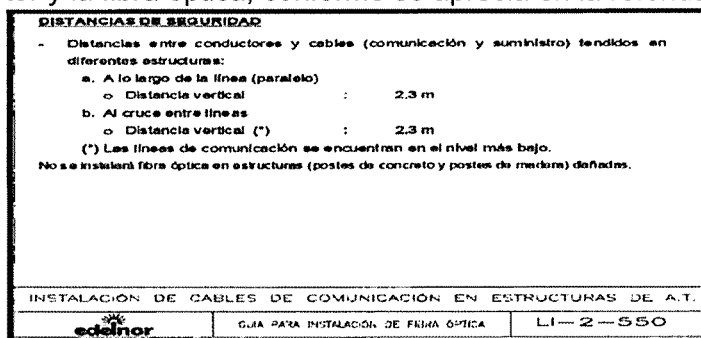


Refiere que sobre la base de lo anterior, el sustento técnico de su posición es el siguiente: el Informe Técnico desarrolla las limitaciones técnicas que se presentarían de exigir a ENEL que albergue a tres (3) arrendatarios en las estructuras de alta tensión. Asimismo, señala incurriría en un supuesto de **incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE-2011)**, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, se estaría incumpliendo la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.

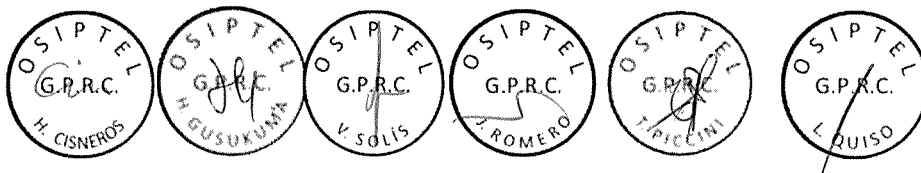
Además, manifiesta que la exigencia de AZTECA PERÚ generará el **incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL)**. El Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, manifiesta que los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.


Asimismo, expresa que ambas empresas han pactado en la Cláusula Décima del Contrato que AZTECA PERÚ está obligada a actuar "*cumpliendo en todo momento con las Normas Técnicas*", término que está definido en el Contrato como "*técnicas, emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR*" (hoy, ENEL).

Adicionalmente, manifiesta que queda claro que resulta aplicable en el presente caso lo dispuesto en la Guía LI-2-550 ENEL, al amparo de lo dispuesto en el marco normativo y el Contrato suscrito entre ambas partes. En esa línea, indica que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica, conforme se aprecia en la referida guía:



Señala que AZTECA PERÚ no puede pretender que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios cuando los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que ello no es posible. Además, indica que AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía cuando menos desde octubre de 2016, fecha en la cual



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 163 de 200

se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico¹²⁵.

ENEL manifiesta que le llama poderosamente la atención que luego de varios años de suscrito el Contrato, y teniendo conocimiento pleno de las reglas de operación y mantenimiento de la estructura eléctrica de ENEL, AZTECA PERÚ pretenda transgredir dichos estándares e incumplir lo acordado expresamente en el Contrato (Cláusula Décima) a partir de la comentada exigencia en su Solicitud.

Además, expresa que aquello que solicita AZTECA PERÚ también generaría un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión a ENEL, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.

Refiere que para un mayor detalle de la imposibilidad técnica de albergar a tres (3) arrendatarios en la infraestructura de ENEL, se remite a lo desarrollado en su Informe Técnico que se encuentra adjunto a su escrito.

ENEL señala también que AZTECA PERÚ no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultarían perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos. Por ello, los postes de alta tensión -tal como estos son reconocidos por OSINERGMIN- no pueden acoger tres (3) arrendatarios.

Asimismo, manifiesta que AZTECA PERÚ ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios, solicitando una adecuación que incluya el máximo número de usuarios que el OSIPTEL ha considerado anteriormente en los informes citados por AZTECA PERÚ en la Solicitud, por lo que señala que existe una imposibilidad en lo requerido por dicha empresa.

B. POSICIÓN DE ENEL DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.

B.1 La interpretación del parámetro “Na” en el Proyecto de Mandato desvincula la contraprestación mensual de la infraestructura eléctrica compartida del criterio de costo incremental del costo de operación y mantenimiento (Opex).

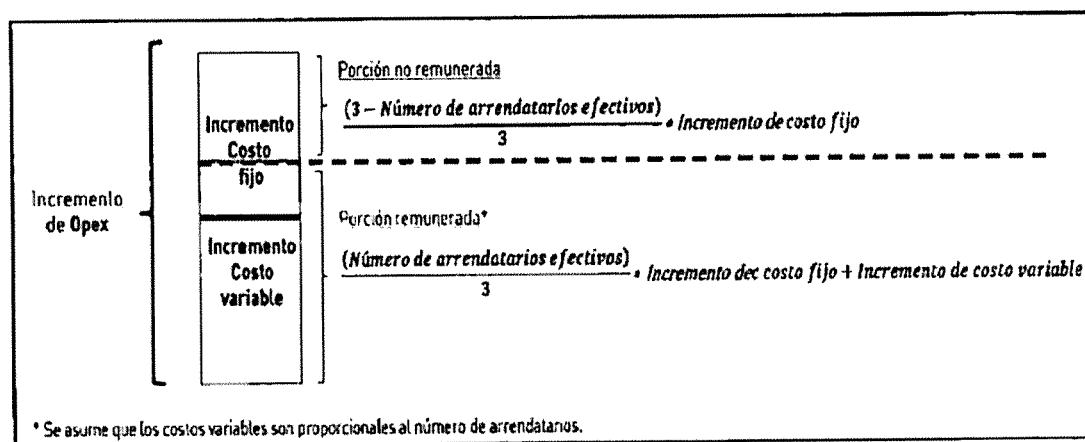
¹²⁵ Remite adjunto a su escrito copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde envía, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.



ENEL manifiesta que en la medida que existan un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables (tales como los costos del personal administrativo, costos de supervisión, costos de seguros, etc.), el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados.

Señala que considerando que actualmente el número de arrendatarios es menor a la capacidad máxima de arrendamiento ($N_a < 3$), el esquema de remuneración propuesto en la fórmula de contraprestación periódica no permitiría cubrir el Opex incremental del concesionario de servicio público de energía eléctrica.

Asimismo, manifiesta que de este modo, si $N_a = 3$ existiendo menos de tres redes instaladas, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones retribuirá sólo una porción de los costos fijos incurridos por el operador eléctrico para la prestación del servicio a través de la contraprestación mensual:

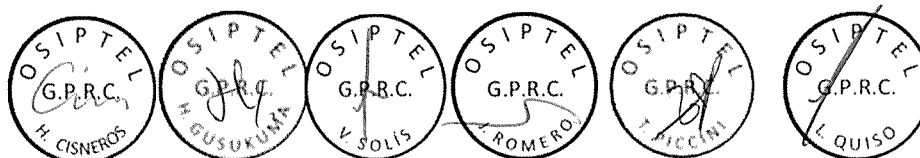



Asimismo, refiere que debe haber un principio de congruencia en la aplicación de la metodología de costos incrementales por inversión (capex) y por costo de operación y mantenimiento (Opex) ya que en ambos existe un componente de costo fijo que no varía con el número de unidades producidas o atendidas.

ENEL manifiesta que cuando el Proyecto de Mandato recoge lo señalado por la RVM en el sentido 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.

B.2 El Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones.

ENEL manifiesta que la determinación del número de arrendatarios en el Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 165 de 200
	INFORME	

potencial del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones, centrándose únicamente en la oferta disponible (capacidad de espacios). En consecuencia, se asume -a priori- que la demanda cubrirá totalmente la capacidad instalada para la prestación del servicio.

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

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

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

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


B.3 La modificación del parámetro “Na” no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la Red Dorsal o para el Estado.

ENEL manifiesta que el concesionario de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO), es decir, AZTECA PERÚ sólo puede cobrar el monto estipulado contractualmente (US\$ 23 más IGV por megabit por segundo, para los primeros cinco (5) años según su Contrato de Concesión).

Además, refiere que no se trata de un precio tope sino de un precio fijo, de manera que AZTECA PERÚ se vería impedido de cobrar por debajo del mismo, dado que ello requeriría de un mayor cofinanciamiento por parte del Estado.

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 166 de 200

B.4 Las prácticas regulatorias en otros servicios de telecomunicaciones y otras industrias de redes reconocen la naturaleza de los costos fijos (que no dependen de las unidades producidas) y que las contraprestaciones se basan en la demanda efectiva por el servicio (y no en la capacidad máxima de la oferta).

ENEL señala que 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.

Asimismo, indica que un estudio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) de Colombia calculó, 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.

Refiere además que la regulación colombiana reconoce que su realidad socioeconómica imposibilita que se complete la capacidad del poste. En el caso de las torres, no es posible realizar un análisis estadístico análogo; no obstante ello, se sabe que la mayoría de torres tiene un solo cable de guarda, que es lo que se utiliza para instalar un cable de fibra óptica.

ENEL señala que en consecuencia, la experiencia colombiana invita a revisar el número de arrendatarios posibles con criterios técnicos y económicos:

Nº de arrendatarios posibles	Perú (OSIPTEL)	Colombia (CRC)
En poste	3	1.65
En torre	3	1



Fuente:
 Infrastructure Sharing Towers and Poles, Benchmarking Study, ITU.
 Utilización de Infraestructura del sector de energía eléctrica para la provisión de servicios de TIC en Colombia.

De otro lado, ENEL solicita considerar todos y cada uno de los argumentos expuestos en su escrito.

4.3.5.3 COMENTARIOS DE ENEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito s/n recibido el 20.02.2018).

ENEL manifiesta que con relación a la retribución por el uso de la infraestructura, AZTECA PERÚ ha señalado lo siguiente en su Escrito:



 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnational.pe
--	--	--

6.12. En consideración a lo expuesto, se solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos, conforme ha sido desarrollado en este acápite:

(i) El valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
(ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/escarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.
(iii) La contraprestación fijada inicialmente en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y ENEL excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

Manifiesta que AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el texto final del mandato que el valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones desde la entrada en vigencia de la Metodología, es decir, desde el 5 de agosto de 2017 que fue publicada la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.


Refiere que la inclusión de un texto como el que solicita AZTECA PERÚ la habilitaría de forma encubierta a realizar una aplicación retroactiva del eventual mandato, debido a que dicha empresa podría interpretar que dicho valor puede ser aplicado desde mucho antes de la emisión del mandato. Bajo dicho sustento, exigiría indebidamente a ENEL que ajuste todas las facturaciones realizadas de forma previa a la emisión del posible mandato.

Indica que ello no es jurídicamente posible, en la medida que se estaría realizando una ilegal aplicación retroactiva del criterio establecido por el Consejo Directivo en el mandato, el cual conceptualmente debe ser aplicado a futuro, como se ha señalado en el Proyecto.

Además, manifiesta que AZTECA PERÚ viene preparando una estrategia para cuestionar la irretroactividad que sería establecida en el mandato a través de un mecanismo de solución de controversias. Incluir un texto como el que solicita AZTECA PERÚ no haría sino fortalecer indebidamente su posición de aplicar ilegalmente los efectos hacia el pasado y facilitar una aplicación retroactiva del mandato.

ENEL manifiesta su expreso rechazo hacia la inclusión de textos como el que propone AZTECA PERÚ; así como solicita considerar todos y cada uno de los argumentos expuestos en su escrito, y a su vez, que desestime las solicitudes de AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 168 de 200

4.3.5.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito N° 5 recibido el 22.02.2018).

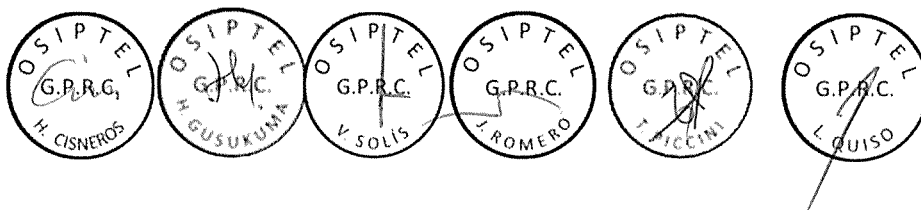
- **EL DENOMINADOR “Na” DE LA METODOLOGÍA TIENE UN VALOR IGUAL A TRES (3)**


AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de ENEL, la Metodología no determina una contraprestación por el espacio ocupado del cable de fibra óptica en su infraestructura, sino que concluye a cuánto ascenderán los costos de operación y mantenimiento de las torres y/o postes. Indica que por ello, equivocadamente alega que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario (“Na” igual a 1), pues de lo contrario, ENEL terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ. Señala que desde el punto de vista de ENEL, los costos incrementales no son divisibles, pues existen algunos que se mantienen fijos con independencia del número de arrendatarios, como hay otros que aumentan o disminuyen en atención a dicho número, por lo que no existiría un sustento económico para que estos costos incrementales siempre se dividan entre tres (“Na” igual a 3).

Sobre ello, AZTECA PERÚ precisa que comprende que la Metodología determina la contraprestación por el uso de infraestructura en función a los costos incrementales por operación y mantenimiento que se generen por el soporte de su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Indica sin embargo, que lo que ENEL pretende negar con su argumentación es que AZTECA PERÚ únicamente deba pagar por los costos incrementales de operación y mantenimiento que se genere por el espacio que corresponde a su único cable que se encuentra apoyado en la infraestructura eléctrica, y no por todos los costos de la infraestructura, ni tampoco que asuma costos inexistentes por tres arrendatarios, cuando es el único que ocupa las torres y/o postes.

Señala que su argumentación para acreditar que el valor del denominador “Na” de la Metodología es igual a tres (3) es correcta, pues precisamente busca que ENEL respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA PERÚ no ha generado. Señala que como ha sido demostrado en sus escritos anteriores, la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de ENEL, un cable de fibra óptica.

Asimismo, señala que no es cierto que AZTECA PERÚ pretenda pagar solo un tercio del costo incremental que le corresponde por colocar su cable de fibra óptica en la infraestructura de ENEL. Indica que ciertamente, a diferencia de lo alegado por ENEL, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA PERÚ únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 169 de 200
	INFORME	

retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición.

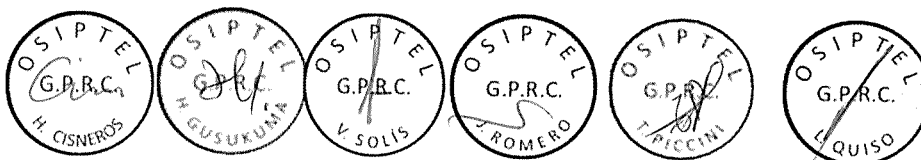
Asimismo, manifiesta que el parámetro “f” cuantifica cuál es el costo marginal de operación y mantenimiento (no de inversión u otro CAPEX) que ocasionaría a una empresa eléctrica el soportar el peso de 3 cables de fibra de operadores de telecomunicaciones, en adición a los cables que la misma torre o poste ya soporta (sus propios cables). Señala además que para la determinación del número de arrendatarios de apoyos en torres o postes eléctricos se consideró un máximo de tres arrendatarios (denominador “Na” igual a 3), asumiendo que existen límites físicos en una torre o poste para acomodar un número máximo de cables (peso, distancia). Es por ello que el costo marginal de operación para 3 cables (Na=3) de Fibra Óptica se estableció en 18.3%.


Refiere que de acuerdo con lo previsto por la propia Metodología, una vez que se ha determinado el costo marginal operativo que tres (3) cables ocasionan en una torre o poste, se procede a considerar cómo se asignan los costos de cada cable. Señala que precisamente, el costo marginal de cada cable se obtiene con la división de la variable “f” entre la variable “Na” ($=f/Na$), esto es, $18.3\%/3$, lo cual da como resultado un 6.1%, que el costo que se genera por un cable y, por ende, el porcentaje que debe asumir AZTECA PERÚ.

Indica además que la formulación tarifaria sólo ha considerado cuál sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento refiere que la Metodología del MTC para fijar la tarifa de apoyo en postes pudo haber considerado cuáles de los costos comunes o de inversión que debieran ser recuperados por la infraestructura de la empresa eléctrica, debido a que los costos de reposición de activos y otros costos de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica ya son cobrados por la empresa eléctrica en las tarifas eléctricas reguladas que fija el regulador de energía. Señala además, que atendiendo que el Consejo Directivo únicamente emitirá un mandato respecto de la Metodología tampoco podría considerar dichos costos comunes o de inversión, pues ya están siendo comprendidos en la determinación de las tarifas eléctricas por el regulador competente de ese sector.

Menciona que ENEL ha reiterado sin fundamento que el costo incremental del 18.3% (valor de la variable “f”) no puede ser dividido necesariamente entre tres (valor del denominador “Na”) para determinar un costo incremental individual que corresponda al costo por operación y mantenimiento que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Señala que sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.

Asimismo, refiere que si bien ENEL ha señalado que en algunos casos existen costos fijos o decrecientes, no ha motivado por qué la Metodología contemplaría este tipo de costos. Por el contrario, indica que como ha explicado AZTECA PERÚ en los



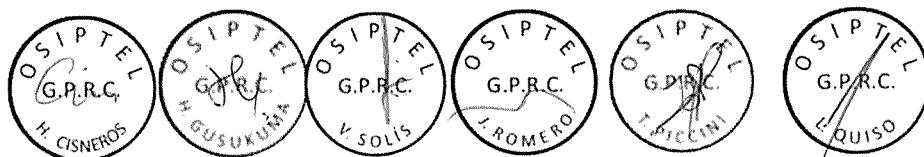
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 170 de 200
	INFORME	


numerales anteriores y a lo largo de sus escritos, el propio diseño de la Metodología ha previsto que los costos incrementales por operación y mantenimiento se encuentren en función del peso de tres (3) cables, por lo que para determinar lo que corresponde sólo a un arrendatario debe asumirse el valor correcto del denominador “Na” que es igual a tres (3).

Además, manifiesta que determinar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por ENEL, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico, al exigir una retribución mayor al precio máximo que puede ser pactado como retribución por uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, señala que un valor igual a tres (3) de la variable “Na” ha sido establecido en la Metodología desde su emisión, siendo que las partes no pactaron de dicho modo por error cuando suscribieron el Contrato de Compartición, por lo que cuando AZTECA PERÚ advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con ENEL para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.

Señala que ha podido corroborar que la argumentación de ENEL referida al cálculo de la contraprestación por uso compartido de infraestructura también ha sido expuesta en otros procedimientos de solicitud de mandato que, a la fecha, AZTECA PERÚ sigue con otras empresas eléctricas y en los que se presentó el “Informe económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones” elaborado por Macroconsult para la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Por ello, indica que a efectos de responder a las premisas falaces en las que se sustenta el referido informe de Macroconsult elaborado para el gremio de las empresas eléctricas, adjunta el Informe denominado “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT”, del 18 de febrero de 2018, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold, solicitando que se tome en cuenta en todos los procedimientos seguidos ante el Consejo Directivo sobre la misma materia.

Refiere además que, si bien ENEL alegó que, en anteriores mandatos del Consejo Directivo, no se ha señalado que el denominador “Na” es igual a tres (3), ello no constituye un motivo por el cual en el presente procedimiento no se reconozca cuál es la forma correcta en que debe aplicarse la Metodología. Ello, más aún cuando en los anteriores casos en los que el Consejo Directivo fijó una contraprestación, fue bajo el régimen de la Ley 28295, por lo que se aplicó supletoriamente la Metodología del Reglamento de la Ley 29904. Es decir, en dichos pronunciamientos no existía una norma imperativa que fijara un precio máximo que deba respetarse, por lo que la aplicación correcta de la Metodología no es relevante, dado que las partes cuentan con plena libertad de negociación y las partes únicamente deben colocarse de acuerdo en pagar un monto por el uso compartido de infraestructura.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 171 de 200
	INFORME	

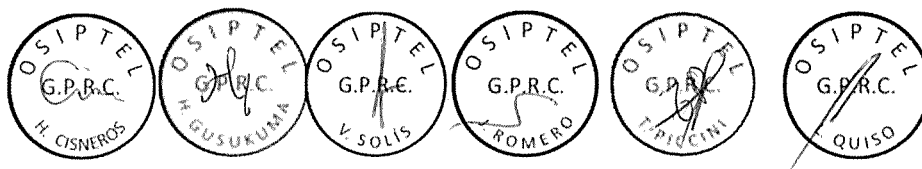
Adicionalmente a ello, señala que en este caso ENEL pretende ocultar que se trata de una situación distinta y no reconocer que existe un precio máximo imperativo que se debe respetar al momento de exigir una contraprestación por el uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, indica que en este procedimiento el Consejo Directivo debe revisar los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica bajo la Ley No. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor “Na”; en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de “precio máximo”, sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en el país.


AZTECA PERÚ manifiesta que el valor del denominador “Na” necesariamente es igual a tres (3), lo cual se ajusta a lo contemplado en la Metodología desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Asimismo, refiere que es indispensable que el Consejo Directivo emita un mandato de compartición y modifique la contraprestación fijada inicialmente, a efectos de que se respete el precio máximo legal.

- **Informe denominado “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT”, del 18 de febrero de 2018, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold.**

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe elaborado por la consultora BC Económica en el cual afirma que la posición sostenida por Macroconsult contiene un supuesto falaz al asumir que, debido a que un monopolio natural de distribución eléctrica posee un costo medio total decreciente, entonces todos sus componentes, incluido el servicio de apoyo en postes o torres eléctricas, también deben exhibir costos medios decrecientes. Al respecto, el mismo informe señala que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no es incompatible con la presencia de costos medios constantes o crecientes en algunos componentes de dicho costo. Asimismo, se expresa que Macroconsult no brinda el sustento económico o empírico necesario para afirmar que el costo medio incremental en el servicio de apoyo es decreciente ni explica en términos económicos por qué el costo medio de apoyos es un costo compartido o indivisible.

De manera similar, BC Económica manifiesta que los informes elaborados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones asumen implícitamente que el servicio de apoyo tiene un costo medio incremental constante, de modo tal que la tarifa promedio de un (1) apoyo permite cubrir los costos incrementales asociados a dicho apoyo. En consecuencia, afirma que la fijación tarifaria propuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones garantiza la viabilidad económica de la actividad de las empresas monopólicas de distribución eléctrica y no resulta una expropiación regulatoria, tal como lo expresa Macroconsult.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 172 de 200

Del mismo modo, BC Económica señala que Macroconsult se equivoca al afirmar que la controversia sobre la fórmula de retribución por el acceso y uso de infraestructura de soporte eléctrico se circunscribe al valor del parámetro Na. Al respecto, sostiene que la metodología es clara y explícita en expresar que el valor de la variable “Na” se calcula de manera simultánea con el valor del parámetro “f” tal como se expresa en el Informe N° 292-2017-MTC/26 y en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial 215-2015-MTC/03.

Por otra parte, BC Económica proporciona evidencia nacional e internacional de que las tarifas de acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico que actualmente cobran las empresas de distribución eléctrica, privadas y públicas, están muy por encima de los costos y tarifas eficientes. Además, recomienda que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 las tarifas pagadas actualmente por AZTECA PERÚ por el servicio de apoyo en postes o torres eléctricas.

Finalmente, BC Económica afirma que las reducciones previstas con la aplicación correcta de la fórmula tarifaria tendrán un efecto positivo en el despliegue de las Redes Dorsales Nacionales, Regionales y de proveedores de acceso a internet, coadyuvando a alcanzar los objetivos del Estado Peruano de incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de preferente interés nacional, en sintonía con los objetivos de la Ley N° 29904 y su reglamento.

4.3.5.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

Sobre las limitaciones técnicas señaladas por ENEL

Respecto de lo señalado por ENEL, de que no es posible exigir que la infraestructura de dicha empresa soporte a tres (3) arrendatarios ya que enfrenta limitaciones técnicas para hacerlo; se debe señalar que el OSIPTEL no ha emitido ninguna posición respecto de a cuántos arrendatarios puede efectivamente dar acceso ENEL en su infraestructura eléctrica, 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 precisar, que el referido costo económico incluye la retribución al capital a través del componente “im”. Así, si ENEL en un futuro modificara su infraestructura y le fuera factible dar acceso a más arrendatarios a los que le es posible dar actualmente, la retribución mensual unitaria por arrendatario sería la misma, mientras que se incrementaría la retribución mensual total.

Sobre el Principio de Onerosidad de la Compartición

ENEL señala que la Ley N° 28295 establece un régimen de precio libre, de manera que sí es razonable que los casos sujetos a dicho régimen se rijan por el Principio de



Onerosidad de la Compartición, mientras que la Ley N° 29904 (Ley de Banda Ancha) establece un régimen de precio máximo. Al respecto, se debe señalar que la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, cumple con los principios económicos señalados en el artículo 34 de la Ley N° 28295, y de manera específica cuando señala lo siguiente:

“ ...

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

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos” (Lo resaltado es nuestro).


En razón a ello, la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, es aplicable no solo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Ello, en virtud de lo dispuesto por el literal ii) del artículo 3, y los numerales 13.1 y 13.4.b. del artículo 13, de la propia Ley N° 29904. En ese sentido, la fórmula en mención, es de aplicación incluso para el desarrollo de proyectos de telecomunicaciones que cuenten con estructuras de costos distintas al proyecto RDNFO, como puede ser cualquier proyecto de telecomunicaciones financiado íntegramente por el sector privado, o proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.

En consecuencia, los principios económicos aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura del sector energía, son tanto aplicable a los mandatos emitidos bajo la Ley N° 29904 y la Ley N° 28295, tanto es así, que el OSIPTEL ha aplicado la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos en el marco de la Ley N° 28295, por lo que no es cierto que Ley N° 28295 establezca un régimen de precio libre como lo afirma ENEL.

Sobre la exposición de motivos e informe sustentatorio de la resolución N° 768-2017-MTC/03

Respecto lo señalado por ENEL, sobre que no es válido como argumento citar el Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustentó la Resolución Vice Ministerial N° 768-



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 174 de 200

2017-MTC/03, se debe señalar que lo señalado respecto de que el costo de operación y mantenimiento incremental reflejado en el valor de parámetro “f” corresponde a la instalación de tres (03) cables de comunicación, no sólo consta en el referido informe, sino también en la exposición de motivos de la referida resolución vice ministerial. Aquí es preciso señalar, que el objeto de la exposición de motivos e informe sustentatorio es justamente dar motivación y sustentación de lo señalado en dicha resolución, y de ninguna manera debe entenderse que pueda contraponerse a lo señalado por dicha resolución.

De esta manera, la referida resolución define el “Na” como “numero de arrendatarios”, sin dar mayor detalle, ni especificar si son arrendatarios efectivos, máximos, o teóricos. Es OSIPTEL, el encargado de definir esta variable en esta relación de compartición, definición que se ha efectuado a la luz de que los costos incrementales totales están dimensionados para tres (03) cables de comunicación.

Sobre la existencia de “costos incrementales decrecientes”

ENEL señala que en la medida que exista un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables, el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados. Al respecto, señalamos que la presencia de dichos costos incrementales fijos deriva en que el primer usuario de la infraestructura genere la totalidad de dichos costos fijos, independientemente de la cantidad de usuarios que pudieran acceder posteriormente a dicha infraestructura. No obstante, el considerar esta situación omitiendo analizar todos los parámetros incluidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, constituye un análisis parcial de dicha situación.


En efecto, el numeral 2.5.3 del Informe Nº 292-2017-MTC/26 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, 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.*



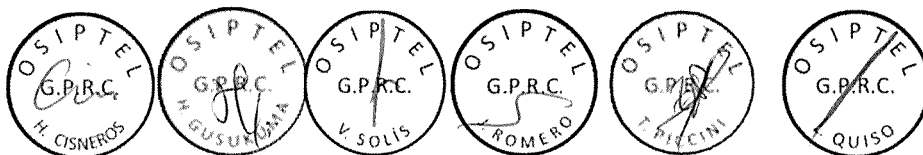
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 175 de 200


- *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).” (Lo resaltado es nuestro).***

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 retribución mensual a ser pagada por un arrendatario) incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la referida variable “h” incluye no sólo los costos listados textualmente, sino todos los costos de operación y mantenimiento (OPEX) incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica. De esta forma, el valor del parámetro “f” refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

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

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



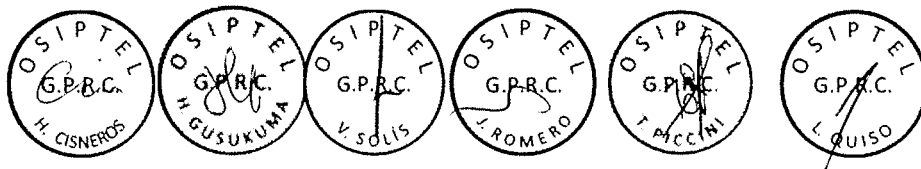
	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 176 de 200


De este modo, el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico. Asimismo, la determinación del valor del “Na” por parte del OSIPTEL tampoco es arbitraria, sino que responde a criterios detallados en el presente informe. Esto sin duda, está en línea con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar los pronunciamientos del OSIPTEL.

De otro lado, se debe señalar que la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el presente mandato es tres (3), la cual se determinó a partir del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

Adicionalmente, se observa que la referida cantidad de arrendatarios es consistente, en la mayoría de los casos, con la capacidad de arrendatarios que soporta la infraestructura eléctrica, de acuerdo a lo reportado por las empresas eléctricas, en el marco de los mandatos de compartición de infraestructura emitidos por el regulador:

Nº de Expediente	Nº de Resolución	Empresa de Telecomunicaciones	Empresa Eléctrica	Capacidad de arrendatarios
00002-2017-CD-GPRC/MC	090-2017-CD/OSIPTEL	Comunicaciones Cabapice S.A.C.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00007-2016-CD-GPRC/MC	036-2017-CD/OSIPTEL	Americatel Perú S.A.	Electro Sur Este S.A.A.	3
00006-2016-CD-GPRC/MC	020-2017-CD/OSIPTEL	Multivisión S.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00005-2016-CD-GPRC/MC	131-2016-CD/OSIPTEL	Cable Estación S.R.L.	Electro Puno S.A.A.	3
00004-2016-CD-GPRC/MC	115-2016-CD/OSIPTEL	Gilat Networks Perú S.A.	Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C.	3
00004-2015-CD-GPRC/MC	119-2015-CD/OSIPTEL	Tv Cable Digital E.I.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	3



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 177 de 200

Respecto del riesgo de no arrendar todos los “espacios disponibles”

Sobre lo señalado por ENEL, de que el Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte de los arrendatarios y que se esperaría que en zonas con baja densidad poblacional probablemente no se requiera arrendar todos los espacios disponibles; se debe señalar que dicha afirmación se contradice con la argumentación de dicha empresa sobre las limitaciones técnicas de ENEL para dar acceso a más de un (01) arrendatario, argumentado extensamente en su informe técnico, lo que daría a entender que la oferta actual o potencial de arrendamiento sería la misma. Cabe señalar, que el OSIPTEL no ha contradicho, ni avalado las conclusiones del referido informe técnico, dado que para efectos del presente mandato no se requiere determinar el número de arrendatarios totales a los que puede dar acceso ENEL, por los motivos señalados anteriormente.

Al margen de ello, respecto de la afirmación de que en zonas con baja densidad poblacional probablemente no se requiera arrendar todos los espacios disponibles, se debe recalcar, tal como se explicó claramente en el literal a) del numeral 4.3.4.3 del presente informe, que los costos incrementales variables atribuibles a cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, reflejado en el parámetro “f”, como generador del costo incremental de operación y mantenimiento (OPEX incremental), de modo que, si no hay arrendatarios, el costo incremental es cero (0), y no hay costos por provisión del servicio que queden sin cubrir. De este modo, no existe por defecto, un OPEX incremental total que deben distribuirse entre los que accederían a la infraestructura, sino, costos incrementales constantes que se van generando por cada arrendatario que va accediendo al poste o torre.

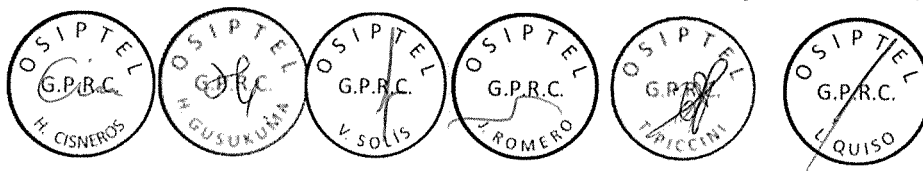
Sobre la solicitud de pronunciamiento respecto de la metodología del año 2013.


Respecto a lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se reconozca que desde que se aprobó la Metodología en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador “Na” era igual a tres (03), se debe señalar que los Mandatos de Compartición se emiten sobre la base de la normativa vigente al momento de dicha emisión. En el caso particular de esta variable, su definición se efectuó sobre la base de lo dispuesto por el Anexo 1 del citado Reglamento, conforme ha sido detallado en el presente informe.

De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de Compartición, en este extremo.

Sobre el impacto para el usuario de la Red Dorsal

Sobre lo señalado por ENEL, de que la modificación del parámetro “Na” no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la Red Dorsal o para el Estado, se debe señalar que la implementación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, incluyendo las



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 178 de 200

modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, no considera de ningún modo en el análisis, aspectos relacionaos al impacto en las tarifas que correspondan aplicar a los usuarios finales o al Estado, ni al impacto los beneficios de la empresa concesionaria de la RDNFO.

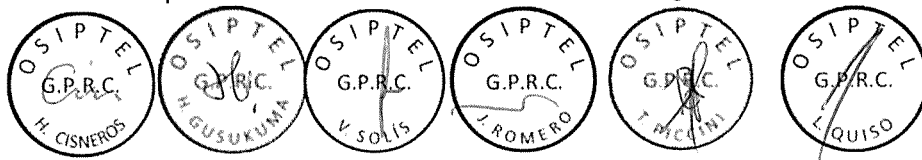
El pronunciamiento del OSIPTEL en el presente mandato, se enmarca estrictamente en lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 29904, que señala que este organismo debe velar por que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, lo que incluye a sus modificatorias, para lo cual señala dicha ley, podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.


Asimismo, OSIPTEL está facultado por dicha ley para imponer las sanciones por incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada (literal b del artículo 30.2 de la referida Ley). Asimismo, al momento de la firma del contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), ya que el artículo 30.4 del referido Reglamento salvaguarda el principio de “No Discriminación” respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

Sobre las conclusiones del Informe de la consultora “BC Económica”

Respecto del informe de la consultora BC Económica denominado “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT” de fecha 18 de febrero de 2018, presentado por AZTECA PERÚ se debe señalar que, coincidimos en que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no implica necesariamente la presencia de costos medios decrecientes en todos los componentes de dicho costo. Por otra parte, respecto a la argumentación basada en el carácter decreciente del costo incremental medio, sostenida por Macroconsult, debe señalarse que ésta es correcta a nivel teórico; no obstante, adolece en considerar una evaluación empírica de los costos incrementales y de cómo éstos son recuperados a luz de toda la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria. En tal sentido, tanto el informe de BC Económica como el de Macroconsult realizan un análisis parcial de la referida fórmula y omiten pronunciarse sobre la naturaleza de los demás parámetros incluidos en la misma. De esta manera, debido a que el parámetro “h” incorpora todos los costos incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica, el parámetro “f” refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura, tal como se detalló anteriormente.

Es por este motivo, y no por los descritos por BC Económica, que el OPEX incremental por arrendatario es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 179 de 200
	INFORME	

pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios acceden en un momento determinado a dicha estructura. Ello origina que la retribución mensual obtenida de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, permita cubrir exactamente el costo económico incremental generado por cada cable de comunicación instalado, más un margen de utilidad razonable, por lo que dicha retribución no se puede considerar expropiatoria, ni que afecte la viabilidad económica del operador eléctrico, tal como lo señala Macroconsult.

Finalmente, respecto de la recomendación de que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 los valores que actualmente vienen pagando AZTECA PERÚ por concepto de renta mensual, consideramos que esta forma de calcular la renta mensual es incorrecta, dado que el marco legal ya establece una metodología para tal caso, la cual está definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.

4.4.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):


AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL. Señala que si bien la modificación de los valores "f" y "m" es reciente, el valor del número de arrendatarios ("Na") ha venido siendo calculado erróneamente con el valor de uno (1), cuando siempre debió realizarse en función al número potencial de arrendatarios, es decir, cuando menos tres (3).

Indica que dicha situación ha encarecido en gran medida y de manera indebida los costos operativos de la Red Dorsal, puesto que sólo con la aplicación errónea del valor del "Na", la contraprestación exigida ha resultado cuando menos tres veces mayor a la que debería haber sido cobrada por ENEL. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.

Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada¹²⁶; lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación de la Banda Ancha en el Perú, repercutiendo negativamente contra los objetivos planteados por el Estado Peruano a través de la Ley de Banda Ancha y afectando directamente las expectativas de crecimiento socioeconómico vinculadas a tales objetivos.

¹²⁶ Situación que podría devenir en la incapacidad de cumplir con sus obligaciones económicas y a la larga, incurrir en una causal de resolución del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 180 de 200

“Cláusula Undécima.- Eventos de Incumplimiento

(1) *Constituyen eventos de incumplimiento de AZTECA:*

(...)

(c) *No paga oportunamente la retribución debida a EDELNOR.*

(...)

Cláusula Duodécima.- Resolución del Contrato

(1) *EDELNOR podrá resolver este Contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, en caso que:*

(a) *Se produzca alguno de los eventos de incumplimiento contemplados en el numeral (1) de la Cláusula Undécima.*

(b) *Se produzca un Efecto Sustancialmente Adverso.*

(c) *(...)*

(subrayado agregado).

Plantea que en dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable de la Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que, de no hacerlo, será este último quien ordene el retiro de los cables.


Considera que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA PERÚ no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.

Asimismo, indica que la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que el OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.

Precisa que inclusive, en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica¹²⁷, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA PERÚ continúe abonando una contraprestación que a todas luces excede el máximo precio permitido en el marco normativo vigente.

¹²⁷ Escenario que debe ser desechado de plano, en la medida que las proyecciones financieras desarrolladas por el propio Estado peruano al momento de concebir el proyecto de la Red Dorsal, no contemplaban costos operativos exorbitantes como los que viene asumiendo su Concesionaria, debido principalmente al incumplimiento del precio tope regulatorio por compartición de infraestructura eléctrica, como es el caso de las contraprestaciones cuyos valores son indebidamente exigidas por ENEL.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 181 de 200

Es así como, considera que se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que el OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

Por lo expuesto, solicitan que el OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

4.4.2 POSICIÓN DE ENEL (Carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03.11.2017):

ENEL manifiesta que en el presente caso no existe peligro de continuidad en el uso compartido de su infraestructura. Señala además que reafirma su compromiso de mantener la relación de acceso y de no retirar los cables de fibra óptica.

Refiere que con carácter preliminar a la exposición de su posición legal, estima pertinente referirse a lo señalado por AZTECA PERÚ en su Solicitud sobre un posible riesgo de continuidad en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL. Ello se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

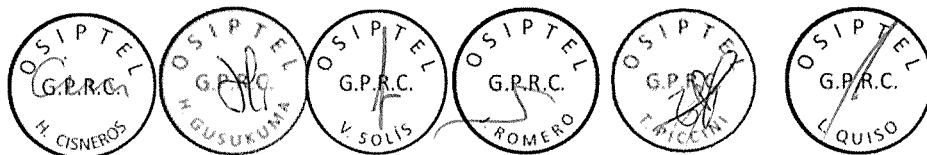
5.5.4. *En dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA tiene la obligación de desmontar el cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que de no hacerlo, existe el riesgo de que el propio ENEL sea quien ordene el retiro de los cables.*


5.5.5. *De este modo, el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.*

5.5.6. *Ciertamente, la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.*

5.5.8. *Es así como, AZTECA se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.*

5.5.9. *De ese modo, solicitamos que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica,*



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 182 de 200

disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

Señala que como se puede apreciar, AZTECA PERÚ sostiene que existe un riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura de ENEL, lo cual perjudicaría la operación de la Red Dorsal y afectaría el interés público protegido por la normativa.

Sobre el particular, señala formal y enfáticamente que: (i) ENEL no tiene intención alguna de resolver el Contrato con AZTECA PERÚ; (ii) ENEL no dispondrá el retiro de los cables, a menos que la autoridad competente lo exija expresamente y (iii) no existe riesgo alguno de suspensión en el uso compartido de su infraestructura eléctrica, en la medida que ENEL reafirma su compromiso de mantener la continuidad en dicho uso compartido. Todo ello en el marco de los temas planteados por AZTECA PERÚ en su Solicitud.

Considerando lo anterior, ENEL solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL pueda omitir en su análisis el supuesto e inexistente riesgo en la continuidad del uso compartido de su infraestructura, que ha sido alegado por AZTECA PERÚ en su Solicitud.

4.4.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 21.11.2017):

AZTECA PERÚ refiere que lo señalado por ENEL respecto de que no existe peligro en la continuidad del uso compartido de la infraestructura pues según ENEL: (i) no tiene intención alguna de resolver el Contrato de Compartición, (ii) no dispondrá el retiro de los cables de AZTECAPERÚ de sus postes o torres, y en ese mismo sentido, (iii) no suspenderá el uso compartido de su infraestructura eléctrica. Por lo mismo, ENEL alega que el Consejo Directivo del OSIPTEL puede omitir este aspecto de su ámbito de análisis.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, si bien acoge que ENEL se haya allanado en parte a su solicitud, considera que es importante que el Consejo Directivo tenga en cuenta que el peligro en la continuidad no sólo se refiere a lo mencionado por dicha empresa.

Manifiesta que no puede escapar al entendimiento del Consejo Directivo, que hay muchas formas de afectar el acceso, distintas a la resolución de un contrato, con lo cual, limitar el análisis a ese aspecto únicamente, como simplistamente lo plantea ENEL, significaría no solo negar una realidad evidente, sino que OSIPTEL renuncie a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura, tarea que le corresponde en su condición de regulador de las telecomunicaciones y en particular, de supervisor de la Red Dorsal por expreso mandato de la Ley No. 29904 (la "Ley de Banda Ancha").

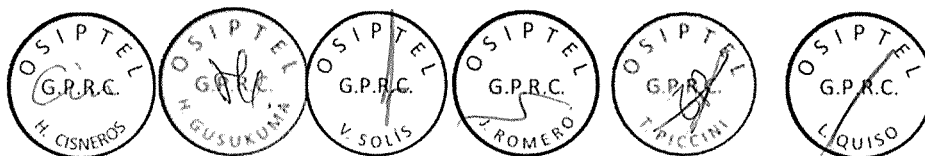



En efecto, indica que en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA PERÚ sólo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Refiere que justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

Refiere en ese sentido, que estima que las condiciones económicas que se incluyeron en la Cláusula Cuarta y en el Anexo 1 del Contrato de Compartición (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a ENEL alrededor del triple de lo que el legislador ha considerado como óptimo para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y, por lo mismo, las finanzas del proyecto se han visto considerablemente afectadas. Manifiesta que ocurre pues que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

El escenario antes descrito obedece exclusivamente a que ENEL viene exigiendo al operador de telecomunicaciones a cargo de la Red Dorsal, el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento. Por ello, mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de ENEL sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto de la Red Dorsal. Es por ello que AZTECA, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a ENEL la revisión de dichas condiciones, de modo que la contraprestación periódica sea ajustada de mutuo acuerdo, en exclusivo beneficio del proyecto y en aplicación el marco regulatorio que sustenta tal relación de compartición.

Indica además que ante la rotunda negativa de ENEL de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que siga pagando un monto que ya no puede solventar por excesivo (pues a todas luces excede el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ ha recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas- regulatorias, garantice que la infraestructura de ENEL podrá en adelante ser usada bajo condiciones que no terminen forzando a AZTECA PERÚ a descolgar la fibra óptica o devolver al Estado Peruano el proyecto, por no poder continuar haciendo frente a tales pagos excesivos e injustificados.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 184 de 200

Como indica en su solicitud, es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de ENEL tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que "la idea central de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes"¹²⁸ (énfasis agregado). Bajo este régimen: "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan a un fin de interés público de forma directa (...)" (énfasis agregado).

En ese sentido, manifiesta que si bien AZTECA PERÚ está obligada a pagar a la empresa eléctrica los costos incrementales que le genere la compartición de sus instalaciones esenciales, dicho pago no debe implicar en modo alguno una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, que no sólo comprende a AZTECA sino también a las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto. Considera que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y por tanto, negarse a adecuar el Contrato de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que se refiere pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Como se puede advertir, AZTECA PERÚ refiere que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Compartición o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres de ENEL por disposición de dicho concesionario eléctrico. Ciertamente, manifiesta que las condiciones económicas bajo las cuales ENEL pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.


Señala además que la continuidad en el uso de la infraestructura eléctrica compartida sólo puede entenderse garantizada si realmente se da bajo condiciones de eficiencia económica y, por lo menos, conforme a los principios que rigen el régimen general de acceso y uso de instalaciones esenciales¹²⁹. Manifiesta que el OSIPTEL no puede

¹²⁸ JONES, Alison y SUFRIN, Brenda EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press. 2016, p. 387.

¹²⁹ Reglamento de la Ley No. 28295. aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC, artículo 34.

'Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público. La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 185 de 200

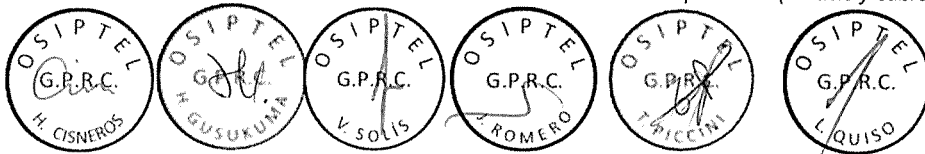
obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de ENEL que a la larga inviabilizarán la sostenibilidad económica de la Red Dorsal, impidiendo la consecución de sus objetivos públicos y de interés nacional, como es la masificación y consolidación de la Banda Ancha a nivel nacional, como instrumento de generación de crecimiento social para los peruanos.

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

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

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.
 2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.
 3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.
Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular. Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.
Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguiente principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:
 1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización, mantenimiento de la infraestructura de uso público.
 2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.
 3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
 4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.
 5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
 6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.
- En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos."(énfasis y subrayado agregados)





Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.

4.4.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


4.4.5.1 COMENTARIOS DE ENEL (Escrito s/n recibido el 06.02.2018).

- No existe peligro de continuidad en el uso compartido de la infraestructura de ENEL. En todo caso, el proyecto de mandato señala que AZTECA PERÚ es responsable de eliminar cualquier situación de riesgo en la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).

ENEL manifiesta que corresponde referirse a lo señalado por AZTECA PERÚ en su solicitud sobre un posible riesgo de continuidad en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, conforme se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca Comunicaciones del Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnacional.pe
<p>5.5.4. En dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA tiene la obligación de desmontar el cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que de no hacerlo, existe el <u>riesgo de que el propio ENEL sea quien ordene el retiro de los cables.</u></p> <p>5.5.5. De este modo, el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que <u>el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.</u></p> <p>5.5.6. Ciertamente, la situación antes detallada genera un <u>alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal</u>, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de Interés nacional.</p> <p>5.5.8. Es así como, AZTECA se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la <u>infraestructura eléctrica de ENEL</u>, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.</p> <p>5.5.9. De ese modo, solicitamos que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, <u>disponga la continuidad en el uso compartido</u> de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.</p>		




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 187 de 200

ENEL manifiesta que AZTECA PERÚ sostiene que existe un riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura de ENEL, lo cual perjudicaría la operación de la Red Dorsal y afectaría el interés público protegido por la normativa.

Sobre ello, ENEL señala formal y enfáticamente que: (i) no tiene intención alguna de resolver el Contrato con AZTECA PERÚ; (ii) su representada no dispondrá el retiro de los cables, a menos que la autoridad competente lo exija expresamente y (iii) no existe riesgo alguno de suspensión en el uso compartido de su infraestructura eléctrica, en la medida que ENEL reafirma su compromiso de mantener la continuidad en dicho uso compartido. Todo ello en el marco de los temas planteados por AZTECA PERÚ en su solicitud.

Asimismo, refiere que el supuesto riesgo alegado por AZTECA PERÚ sobre una eventual suspensión en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL es inexistente. Señala que en el hipotético caso de que existiera algún riesgo al respecto, éste estaría siendo originado por la propia AZTECA PERÚ al cuestionar los términos que fueron pactados en el Contrato a través de la intervención del OSIPTEL. No obstante, el Proyecto de Mandato señala expresamente que cualquier situación de riesgo operativo o financiero como resultado de los acuerdos asumidos por AZTECA PERÚ es de entera responsabilidad de dicha empresa.

ENEL indica que ello se puede apreciar en el siguiente texto:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 109


4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

(...)

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

Asimismo, manifiesta que corresponde que AZTECA PERÚ asuma el valor pactado para la retribución que debe pagarse por el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, ya que el riesgo lo estaría generando dicha empresa aun cuando



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 188 de 200

es de su absoluta responsabilidad velar por el correcto funcionamiento de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).

4.4.5.2 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito N° 5 recibido el 22.02.2018).

- **Sobre la continuidad en el uso compartido de su infraestructura**

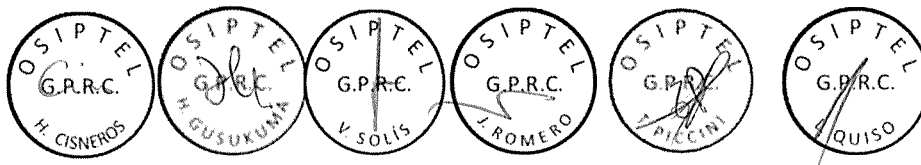
AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL nuevamente niega la existencia de peligro en la continuidad del uso compartido de la infraestructura. Ello, en tanto: (i) no tienen intención alguna de resolver el Contrato de Compartición, (ii) no dispondrán el retiro de los cables de AZTECA de sus postes o torres, y en ese mismo sentido, (iii) no suspenderán el uso compartido de su infraestructura eléctrica.


Señala que en los escritos que ha presentado AZTECA PERÚ a lo largo del presente procedimiento ha manifestado que, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que les exigen por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica. En atención a ello, AZTECA PERÚ sólo debe pagar por el espacio que corresponde a sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Refiere además, que ha demostrado que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal en las torres de ENEL sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto de la Red Dorsal.

Asimismo, indica que en el escenario actual, en el cual ENEL viene exigiendo a AZTECA PERÚ (operador de telecomunicaciones a cargo de la Red Dorsal) el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería retribuir por el arrendamiento de las torres y/o postes si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento, se evidencia un riesgo en la continuidad del uso compartido de infraestructura y, con ello, de la Red Dorsal.

Refiere que ENEL alegó que, incluso asumiendo la existencia de un riesgo, éste estaría siendo originado por AZTECA PERÚ al cuestionar los términos pactados en el Contrato de Compartición. Por ello, a criterio de ENEL, como AZTECA PERÚ es el responsable de velar por el correcto funcionamiento de la Red Dorsal, debe asumir cualquier situación de riesgo operativo y financiero, por lo que corresponde que asuma el valor pactado con ENEL.

Manifiesta que resulta insólito que ENEL considere que el riesgo en la continuidad del uso compartido de la infraestructura eléctrica es originado por AZTECA PERÚ, cuando ellos han sido quienes de buena fe solicitaron la modificación de la contraprestación, para que no exceda el precio máximo determinado en aplicación de la Metodología y se respete el marco normativo en la materia, y la empresa eléctrica es quien ha



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 189 de 200
	INFORME	

rechazado numerosas veces su solicitud, buscando continuar con la exigencia de una retribución ilegal. En dicho contexto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo la emisión de un mandato, para que se garantice el correcto funcionamiento de la Red Dorsal, luego de que no haya podido arribar a un acuerdo con ENEL.

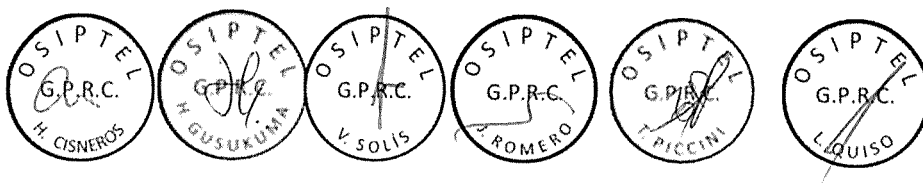
Además, señala que resulta totalmente falso que AZTECA PERÚ tenga que asumir el pago de una contraprestación que ha sido determinada aplicando el valor incorrecto del denominador “Na” y por la que AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando al menos tres (3) veces más de lo que le corresponde. Por el contrario, ENEL es quien tiene que ajustarse a lo establecido en el marco normativo sobre uso compartido de infraestructura. Así, dado que ENEL se rehúsa a respetar el precio máximo legal, la solicitud de emisión de un mandato tiene como función cambiar esta situación, a fin de que AZTECA PERÚ únicamente retribuya a ENEL por el costo incremental en la operación y mantenimiento que genera en la infraestructura eléctrica el apoyo de un solo cable.


AZTECA PERÚ señala que tal como lo ha señalado en su escrito de comentarios al proyecto de mandato, si bien las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo, AZTECA PERÚ tiene el derecho, de considerarlo conveniente, de discutir cualquier discrepancia sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato en el fuero de solución de controversias pertinente. En tal sentido, indica que no corresponde que se analicen situaciones hipotéticas sobre qué es lo que cada una de las partes debe realizar para minimizar el riesgo operativo de la Red Dorsal, pues ello podría constituir una controversia entre las partes que deberá ser resuelta en el fuero correspondiente.

Asimismo, manifiesta que en atención a lo señalado, corresponde desestimar lo alegado por ENEL en este extremo. Indica que como ha podido advertir, ENEL, y no AZTECA PERÚ, es quien ha generado el riesgo en la continuidad de uso de la infraestructura al exigir una contraprestación al menos tres (3) veces mayor al precio máximo legal. Asimismo, expresa que no es cierto que AZTECA PERÚ deba asumir el pago de una retribución ilegal para proteger el despliegue y operación de la Red Dorsal, sino que se debe modificar la contraprestación pactada para que se garantice la viabilidad del proyecto.

4.4.5.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

En relación a los comentarios expuestos por ambas partes, se reitera lo expresado sobre este punto en el numeral 4.4.4, así como a las consideraciones expuestas en numerales precedentes sobre la naturaleza y alcance de la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento de emisión de mandato.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 190 de 200

4.5 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ENEL.

4.5.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ señala que el artículo 17 de la Ley de Banda Ancha establece que es considerada como una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada. En ese orden de ideas, considera que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.

Manifiesta que en el caso en particular, ENEL ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado, que busca precisamente asegurar la protección del interés público y que el despliegue de la Red Dorsal no corra peligro. Por tanto, considera que la conducta de ENEL sería ilegal y sancionable por el OSIPTEL.

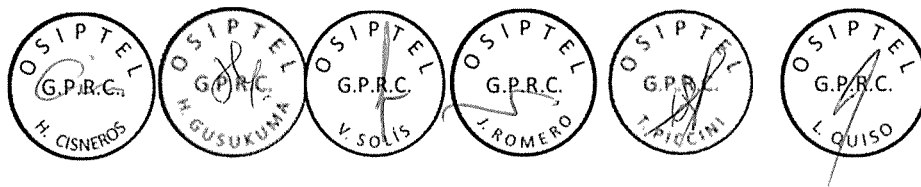
Asimismo, indica que de acuerdo con lo expuesto y en función a lo que se resuelva en razón a la presente solicitud de mandato, el OSIPTEL debería realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ENEL por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.


4.5.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada. Por su parte, el artículo 30.4 de la Ley N° 29904 establece que el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida.

Ahora bien, se debe señalar que frente a una supuesta infracción, corresponde al OSIPTEL el ejercicio de sus funciones supervisora y, en su caso, fiscalizadora. Debe tenerse presente que en el procedimiento de fiscalización el Consejo Directivo interviene como segunda y última instancia administrativa, por lo que no puede adelantar ninguna consideración respecto de lo señalado por AZTECA PERÚ sobre la presunta infracción cometida y la responsabilidad administrativa que correspondería asumir a el(los) presunto(s) infractor(es), a efectos de evitar cualquier transgresión al debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y ENEL en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 191 de 200

4.5.3 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

AZTECA PERÚ y ENEL no formularon comentarios respecto a este punto.

4.6 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL.

4.6.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ AL PROYECTO DE MANDATO (Escrito N° 4 recibido el 06.02.2018)

AZTECA PERÚ señala que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, señalándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de ENEL por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Señala que si bien se encuentra de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que en el mandato, el Consejo Directivo precise el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta que fija para el Contrato de Compartición. Ello, en tanto el Consejo Directivo debe precisar en qué supuestos debe variar la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación consignada en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, así como la oportunidad y la forma de hacerla efectiva.

Asimismo, refiere que la retribución mensual puede ser modificada cuando: (i) OSINERGMIN reajuste los costos regulados de las torres o postes; (ii) el Viceministerio de Comunicaciones disponga el cambio del valor de alguna variable; o, (iii) se modifique la fórmula de cálculo mediante Decreto Supremo. Dichas modificaciones debieran operar siempre que, como consecuencia de las variaciones originadas por los cambios normativos, la contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.


Indica además, que el recalcule y modificación de la retribución mensual deberá operar de manera automática, a partir del siguiente periodo de facturación y sin que sea necesario la suscripción de alguna adenda, siempre que la modificación dispuesta implique una reducción en el monto de la retribución mensual.

AZTECA PERÚ propone que el último párrafo de la Cláusula Cuarta que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, sea modificado conforme al siguiente texto:

Cláusula Cuarta
"(...)

Las partes señalan que estos valores unitarios serán ajustados en forma automática, sin que sea necesaria la suscripción de una adenda al presente Contrato de Compartición, cada vez que los componentes señalados en la fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 192 de 200

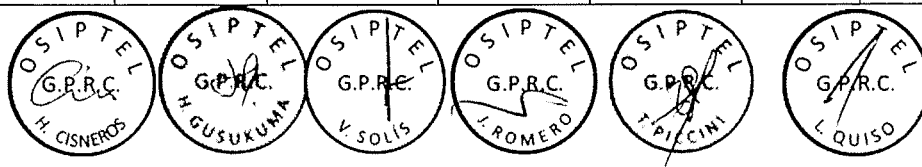
que AZTECA tenga que pagar a ENEL una retribución mensual menor a la vigente en la fecha de modificación de los componentes de la fórmula. De ser ese el caso, la modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste. De igual forma operará la modificación de dichos valores en caso se modifique la metodología de cálculo, salvo disposición normativa en contrario.”


Asimismo, solicita al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto anteriormente.

Señala que si bien se ha podido advertir que en el Anexo I del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, se establecen los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de ENEL, resulta fundamental que también la cláusula de contraprestación señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA PERÚ. Ello, a fin de dar certeza y que no exista duda alguna para ninguna de las partes sobre a cuánto asciende la retribución mensual que debe abonarse por uso compartido de infraestructura. En efecto, se debe tener en cuenta que la retribución mensual varía según el tipo de torre, existiendo importantes diferencias de valor entre ellos que pudieran dar lugar a ulteriores desacuerdos entre las partes.

Además, solicita al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación de la Cláusula Cuarta se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre. Asimismo, proporciona dicha información, para que pueda ser incorporada a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL:

Base de Datos según lo normado por OSINERGMIN	Código de la Infraestructura de Soporte Eléctrico (EMPRESA)	Código de la Infraestructura de Soporte Eléctrico (OSINERGMIN)	PRECIO CIF UNITADIO (US\$), sin IGV	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV)	Cantidad de torres y/o postes por retribución mensual	RETRIBUCIÓN MENSUAL TOTAL (US\$ sin IGV)	Cantidad de torres y/o postes por retribución mensual (Azteca)	RETRIBUCIÓN MENSUAL TOTAL (US\$ sin IGV) (AZTECA)
MOD INV 2017	PA18/7600	EA060COU0S0-300-A2	17,210.08	21.80	212	4,621.60	23	501.4
MOD INV 2017	PC19/1100	EC060COU0D0-300-S1	2,375.70	3.00	112	336.00	142	426
MOD INV 2017	PM60C1	EMSU1P60C1	2,141.56	2.70	371	1,001.70	610	1647
SICODI	PPC20	PPC20	364.69	0.46	1326	609.96	1165	535.9
SICODI	PPC24	PPC24	476.76	0.60	809	485.40	645	387
SICODI	PPC35	PPC35	136.80	0.10	254	25.40	490	49
SICODI	PPC38	PPC38	159.17	0.11	267	29.37	692	76.12
SICODI	PPC40	PPC40	206.03	0.15	970	145.50	699	104.85



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 193 de 200

Manifiesta que dada la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de ENEL utilizada por AZTECA PERÚ, solicita al Consejo Directivo que incorporen las columnas con el número de torres arrendadas por cada tipo y el monto total al que asciende la contraprestación por cada tipo de torre, conforme ha sido propuesto anteriormente.

4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


Respecto de lo planteado por AZTECA PERÚ de que cualquier modificación en la fórmula de cálculo de la contraprestación o de sus componentes, sea automática y sin necesidad de que medie una addendum a su contrato y siempre que derive en una contraprestación menor; se debe señalar que el OSIPTEL siempre ha velado porque las retribuciones (pagos) por los servicios mayoristas se retribuyan adecuadamente y en la oportunidad que correspondan. En esa línea, considera que el dinamismo en la variación de los parámetros de la citada fórmula o en la fórmula misma puede generar incentivos para no actualizar oportunamente los montos de las retribuciones ex-post modificación. En ese entendido, la generación de costos de transacción (suscribir adendas) puede desacelerar el traslado de los beneficios producto de dichos cambios.

En razón de ello, se considera razonable el incluir en el presente mandato de compartición que las retribuciones establecidas en su relación de acceso se ajustarán a los cambios en el valor de alguna variable que compone la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 o en la citada fórmula. No obstante, no consideramos adecuado el restringir esa adecuación sólo al escenario en el cual la nueva retribución sea menor, ya que implicaría solo reducir los costos de transacción cuando bajan los precios. En ese contexto, el concesionario eléctrico también tiene derecho a ser retribuido bajo las mismas condiciones cuando el precio sube. De esta forma, la flexibilidad en la aplicación de los nuevos valores será cuando las nuevas retribuciones bajen o suban.

De otro lado, si bien, en estricto, los nuevos valores de retribución debieran comenzar a aplicarse desde la entrada en vigencia de los dispositivos legales que los originaron sin que medie suscripción de addendum alguno; con la finalidad de que la aplicación de los mismo no genere costos operativos, se propone que las nuevas retribuciones sean aplicadas desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que se modificaron las mismas.

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1, la cantidad de torres de cada tipo que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a ENEL, se debe señalar que se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los ocho (8) códigos reportados, manteniéndose los mismos valores de renta mensual unitaria, por arrendatario, publicados para comentarios.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 194 de 200

En consecuencia, la contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL (torres de acero de alta tensión), está será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

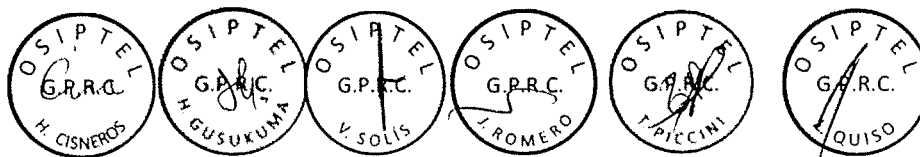
N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	TIPO DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)	CANTIDAD
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	21,80	23
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	3,00	142
3	EMSU1P60C1	AT	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,70	610
4	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,46	1165
5	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60	645
6	PPC35	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	0,10	490
7	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	0,11	692
8	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,15	699


(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por AZTECA PERÚ y ENEL, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada torre de ENEL por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Es decir, que si dicha empresa requiriera instalar más de un cable de fibra óptica, pagaría de manera proporcional tantas veces como medios de comunicación instale en una determinada estructura de soporte eléctrico.

4.7 LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.

En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones consideradas en el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 195 de 200

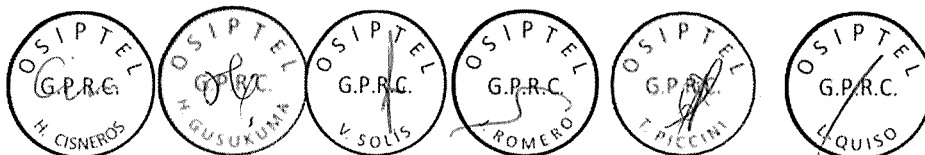
2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.


Adicionalmente, a fin de guardar concordancia con otros mandatos de compartición, en relación a las consideraciones para la aplicación de la retribución mensual por el acceso y uso a la infraestructura del operador eléctrico, se han establecido como parte del presente Mandato de Compartición, las siguientes disposiciones:

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ENEL a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ENEL su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ENEL y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a este organismo.

2. AZTECA PERÚ deberá presentar a ENEL, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ENEL, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ENEL, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ENEL debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 196 de 200

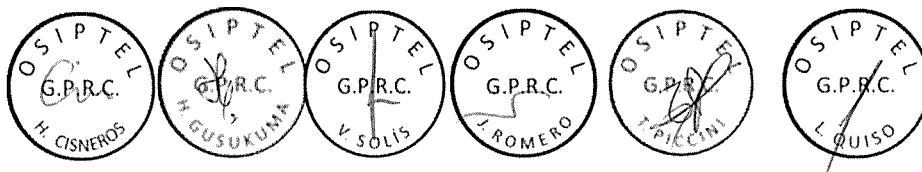
3. De no estar incluido en el cuadro alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ENEL, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.
4. Las retribuciones mensuales establecidas para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ENEL, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales para las variables m, l, h y f definidas en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.


5. CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Mandato de Participación de Infraestructura con ENEL que modifica las condiciones económicas del contrato de participación de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015.

Atentamente,


 Lenin Quiso Córdova
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA (E)**



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 197 de 200

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL

I.1 Modificar el numeral (1) del Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

“(1) Contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica


La contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS “MOD INV_2017” O “SICODI”	NIVEL DE TENSIÓN	TIPO DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)	CANTIDAD
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	21,80	23
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	3,00	142
3	EMSU1P60C1	AT	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,70	610
4	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,46	1165
5	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60	645
6	PPC35	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	0,10	490
7	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	0,11	692
8	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,15	699

Nota:

(*)Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por AZTECA PERÚ y ENEL, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos “MOD INV_2017” y la Base de Datos “SICODI” del OSINERGMIN.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 198 de 200

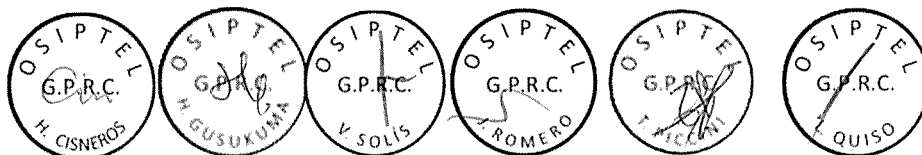
La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de ENEL por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.


La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ENEL a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ENEL su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ENEL y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a dicho organismo.

AZTECA PERÚ deberá presentar a ENEL, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ENEL, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ENEL, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ENEL debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ENEL, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 199 de 200

comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.


Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ENEL, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales de los parámetros m , l , h y f definidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.”

I.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta- Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

“(1) Por el acceso y uso de la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinada en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del presente contrato.”

I.3 Eliminar el primer párrafo del Anexo No. 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 200 de 200

ANEXO 2

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA
INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL**

(En Disco Compacto)

