

OSIPTEL

2018 MAY 17 PM 4: 33

RECIBIDO

09743.2018/S3301

Expediente : 00002-2018-CD-GPRC/MC
Sumilla : Absolvemos comentarios de
Azteca al Proyecto de Mandato.
Escrito : 7

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

ELECTRO SUR ESTE S.A.A. ("ELSE"), debidamente representada por su abogado Lucio Sánchez Povis, según poderes que obran en el expediente, en el procedimiento administrativo de solicitud de emisión de mandato de compartición iniciado por **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA"),** atentamente decimos:

Que, el 8 de mayo de 2018, ELSE fue notificada con la Carta C.00323-GPRC/2018, por la cual se nos corrió traslado del escrito conteniendo los comentarios efectuados por AZTECA al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura ("Proyecto de Mandato") contenido en el Informe N° 00075-GPRC/2018 ("Informe"), el cual fue notificado en su momento a ELSE mediante Carta C.00247-GCC/2018.

Al respecto, no encontrándonos de acuerdo con la posición manifestada por AZTECA, y dentro del plazo otorgado por OSIPTEL, procedemos a contradecir en todos sus extremos los comentarios efectuados por dicha empresa respecto al Proyecto de Mandato notificado:

- a) Sobre la no necesidad de tomar en consideración las comunicaciones y negociaciones entre ELSE y AZTECA que dieron lugar a la celebración del Convenio.**

Conforme se ha señalado en los escritos que obran en el Expediente, el 3 de marzo de 2015, ELSE y AZTECA suscribieron un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica - Compartición de Infraestructura Eléctrica (en adelante, el "Contrato" o el "Convenio") a efectos de brindar acceso y uso a AZTECA de las instalaciones de ELSE para el montaje de la red dorsal. Este Contrato es importante para entender no sólo que en el presente caso las partes voluntariamente se sujetaron a las cláusulas de compartición del Contrato, sino también para advertir cuál era el entendimiento de ambas respecto al marco regulatorio aplicable a la retribución ahora discutida en el procedimiento. Pese a esto, AZTECA

considera que dejar de lado el análisis de las negociaciones y el Contrato celebrado el 2015 es correcto para efectos del análisis realizado en el Proyecto de Mandato, pues en este último *“únicamente corresponde que se observe la normativa vigente en esta materia [Ley N° 29904, de Banda Ancha, y su Reglamento] a efectos de que se modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura a través de un mandato”*. Sobre el particular, contrariamente a lo señalado por AZTECA, creemos que es indispensable para el análisis de OSIPTEL y para la validez de la decisión que adopte, que se tomen en consideración dichas comunicaciones/negociaciones y el Convenio celebrado por las razones que exponemos a continuación.

Primero, cuando OSIPTEL señala en el Informe del Proyecto de Mandato que *“los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2015 entre ELSE y AZTECA PERÚ, referidos por ELSE al sustentar su posición, (Cfr. Con acápite “b) ¿Cómo negociamos y qué pactamos con AZTECA para el uso y acceso a nuestras instalaciones? Parágrafos 12 al 16 del Escrito N° 2 de ELSE (Apéndice –Antecedentes 2 del informe.) permiten entender las consideraciones que tuvieron las partes para acordar los términos del Contrato suscrito en su oportunidad. No obstante, en el presente procedimiento la actuación de OSIPTEL se encuentra acotada a evaluar la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ELSE el 21 de agosto de 2017, a efectos de variar los términos inicialmente acordados en el Contrato en lo relativo a las condiciones económicas de la contraprestación periódica”*¹, entra en una grave contradicción, puesto que para variar los “términos inicialmente acordados” necesariamente tiene que entrar al detalle de los “antecedentes de la negociación” que llevaron a dicho “acuerdo”, caso contrario no podría justificar la emisión de un eventual mandato, que según OSIPTEL tendría la finalidad de adecuar el Convenio a la retribución máxima fijada por las normas de Derecho público.

Así pues, bajo el criterio de OSIPTEL (el cual hemos cuestionado desde un principio por carecer de competencia y suponer un ejercicio abusivo del poder), si el Contrato y la libertad contractual de AZTECA y ELSE están limitadas por lo dispuesto en la Ley N° 29904 y su Reglamento, primero tiene que advertir en qué extremos esta libertad contractual ha contravenido lo dispuesto por dicho marco normativo y por qué se justifica entonces un mandato. Para ello necesariamente deberá evaluar la negociación y demás comunicaciones que dieron lugar al Convenio, entre las que destaca que AZTECA tenía el

¹ Página 11 del Informe. Énfasis agregado.

firme convencimiento de que el factor “Na” (punto neurálgico de este procedimiento de mandato) aludía al “número de arrendatarios efectivos” y no a arrendatarios potenciales en las líneas o estructuras de ELSE, que el mismo Viceministerio de Comunicaciones –en oficio remitido por AZTECA– tomó conocimiento de dicha posición, y que el factor “Na” no podía ser modificado por Resolución Viceministerial, sino únicamente por una norma Reglamentaria que modificara el Anexo I del Reglamento de la Ley N° 29904.

Segundo, AZTECA solicitó la emisión de un mandato de compartición señalando grave e injustamente que ELSE la había coaccionado a celebrar el Contrato bajo interpretaciones erróneas del Anexo I del Reglamento. Esta supuesta coacción habría tenido lugar precisamente en las negociaciones que llevaron a la suscripción del Convenio. AZTECA ha solicitado incluso que ELSE sea sancionada de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 29904 por habernos negado a adecuar la retribución al máximo señalado por el Anexo I del Reglamento, cuando en ningún momento la variable “Na” ha sido modificada. Por tales motivos, resulta ahora incongruente con la posición mostrada por AZTECA durante la etapa de negociación, que esta empresa solicite a OSIPTEL que no analice las comunicaciones realizadas durante 2015 entre las partes. Esto solo demuestra que AZTECA quiere evitar que OSIPTEL confirme dos cuestiones: por un lado, la legalidad de la retribución pactada inicialmente en el Convenio desde 2015; por el otro, el correcto entendimiento que tuvieron las partes respecto a la metodología del cálculo de la retribución, la cual no ha sido modificada más que en sus variables “m” y “f”.

Finalmente, AZTECA apoya la ilegalidad de OSIPTEL de desconocer todos los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú (la “Constitución”), según el cual *“los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*, lo cual incluye desde luego a los mandatos que dicta OSIPTEL. Asimismo, AZTECA pretende que OSIPTEL desconozca con este pronunciamiento que, de acuerdo al Convenio, esta controversia debía resolverse en sede arbitral, puesto que como señala el mismo artículo 62 de la Constitución *“los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”*.

OSIPTEL no puede desconocer todas estas comunicaciones/negociaciones, y por el contrario, debe tenerlas en cuenta a efectos de declarar su incompetencia para resolver esta

materia, puesto que al existir un Contrato suscrito válidamente entre AZTECA y ELSE, únicamente corresponde que las controversias que surjan entre ambas se resuelvan en arbitraje, de acuerdo a lo señalado por el Convenio en su Cláusula Vigésimo Quinta:

“CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA: De la Jurisdicción

- 25.2 De no llegarse a un acuerdo de trato directo, dentro del plazo establecido en el numeral 25.1, todos y cada uno de los reclamos, disputas causales de demanda por pérdidas o daños, controversias, diferencias, procedimientos o cuestionamientos entre las partes que surjan a raíz del presente Contrato, o que se relacionen en cualquier forma a su validez, ejecución, aplicación, alcance, interpretación, incumplimiento, violación o resolución (la “Controversia” o las “Controversias”) serán exclusiva y definitivamente determinados y resueltos mediante un arbitraje de derecho realizado con sujeción al presente Contrato y de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tal como se estipula en esta cláusula, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia.
- 25.3 Los árbitros serán en número de tres (3), cada parte designará a uno, los que a su vez designarán al tercer árbitro quien presidirá el Tribunal Arbitral. Los honorarios de los árbitros serán fijados por la institución arbitral que los haya propuesto.
- 25.4 Las Partes acuerdan que el laudo arbitral emitido o la resolución dictada por el Tribunal Arbitral será inapelable, definitivo, vinculante y concluyente para la Partes. La ejecución de dicho laudo o resolución arbitral, en caso de incumplimiento disponible ante cualquier tribunal o corte competente de la Ciudad de Lima. Los costos del arbitraje serán de cargo de quienes determinen los árbitros.

Por tanto, solicitamos a OSIPTEL no acoger el criterio expuesto en el Informe, rechazar los argumentos expuestos por AZTECA que respaldan esta posición ilegal; y, analizar las comunicaciones/negociaciones que llevaron a ambas partes a suscribir el Contrato, advirtiendo que el mismo fue celebrado de conformidad con la Ley N° 29904 y el Anexo I del Reglamento, cuya metodología de cálculo no ha sido modificada.

b) Sobre la procedencia del mandato de compartición.

AZTECA sostiene que OSIPTEL cuenta con competencias para modificar un contrato y dictar un mandato no sólo antes de la celebración del mismo, sino durante su ejecución cuando surge una discrepancia entre las partes del contrato. Según AZTECA, esta modificación puede justificarse por dos razones. Por un lado, por *“la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la cual podría estar incluso vulnerando un interés público protegido”*; por el otro, cuando *“no estamos ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de ELSE y/o de AZTECA, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima”*.

Con el primer argumento, AZTECA pretende señalar que el Contrato vigente ha sido celebrado en contravención a las normas vigentes. Sin embargo, no señala cuál habría sido la norma vigente “aplicada incorrectamente” y desconoce su argumento anterior de que no se evalúen las negociaciones de 2015, insinuando que en las mismas se habría cometido un error que es necesario que OSIPTEL corrija ahora. Repetimos sobre el particular que este entendimiento es falso y busca confundir a la autoridad sobre la retribución legalmente pactada en el Contrato.

OSIPTEL debe advertir que ni el Informe ni AZTECA han explicado cómo la variable “Na” ha sido modificada normativamente, ni cómo un Oficio emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede tener efectos normativos sobre el Anexo I del Reglamento, aprobado por un Decreto Supremo. De igual manera, AZTECA tampoco desarrolla cómo es que el interés público es vulnerado por esta supuesta incorrecta aplicación de las normas vigentes.

Por otro lado, en su segundo argumento, AZTECA no indica cuál es la “norma imperativa” que ha variado la regulación de la retribución por compartición. El Proyecto de Mandato, por cierto, tampoco precisa cómo una variable (“Na”) recogida en una norma reglamentaria, puede ser modificada por un Oficio o por un Mandato de Compartición. El Anexo I claramente señala que únicamente pueden ser modificadas las variables “m”, “l”, “h” y “f” por Resolución Viceministerial, pero no indica lo mismo respecto a la variable “Na”, lo que significa que esta última sólo podría ser modificada mediante norma reglamentaria. Lo señalado por AZTECA y por el Proyecto de Mandato sólo recoge ilegalidades graves que únicamente afectarán de nulidad un eventual mandato que se dicte en este sentido. OSIPTEL no es competente para modificar mediante mandato un Convenio y mucho menos una norma con rango reglamentario.

AZTECA pretende que los contratos, inmodificables por hechos externos a la relación contractual de acuerdo al artículo 62 de la Constitución, puedan ser modificados en cualquier momento por OSIPTEL. Esta posición parece sostener que la vía de solución de conflictos recogida en todo contrato ha devenido en “cláusula muerta”, inaplicable, porque finalmente OSIPTEL puede declararse competente para resolver la controversia si está en riesgo la compartición de la infraestructura.

Lo cierto es que, los argumentos de AZTECA y el Proyecto de Mandato buscan forzosamente encubrir una decisión que atenta contra la seguridad jurídica de los contratos, los cuales no pueden ser modificados mediante leyes u otros actos que sean totalmente ajenos a la relación contractual, pues se protege la libertad contractual de las partes para establecer los términos contractuales que consideren pertinentes y conforme a sus intereses. Esta protección es coherente con la definición de contrato establecida en el artículo 1351 del Código Civil, que establece que el contrato nace del acuerdo entre las partes y, por lo tanto, son las mismas partes las que tienen el poder de modificar su relación contractual, bajo la protección del ordenamiento para impedir intromisiones de terceros.

Por tanto, solicitamos a OSIPTEL no acoger los argumentos de AZTECA ni la posición expuesta por el Informe, exponiéndose a adoptar una decisión inconstitucional que vulnera la “santidad de los contratos” reconocida en el artículo 62 de la Constitución.

c) Sobre la retribución por el uso de infraestructura eléctrica.

AZTECA coincide con lo desarrollado en el Informe, en el extremo referido a que *“el valor del factor “Na” debe ser 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, agrega que *“la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3)”*. Partiendo de esto, AZTECA solicita a OSIPTEL pronunciarse sobre tres cuestiones carentes de sustento legal, las cuales analizaremos a continuación:

- (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 N° 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.*

Sobre este extremo, es necesario señalar primero que AZTECA se ampara en un Informe supuestamente sustentatorio del Reglamento de la Ley N° 29904, en cuya página 22 se habría establecido que el valor de “Na” es tres (3). Sin embargo, como señalaremos a continuación, dicha precisión no es efectuada por dicho Informe. Por el contrario, lo expuesto en el Informe N° 251-2013-MTC/26, da sustento para que el valor de “Na” no se

modifique y se entienda que está referido únicamente al número efectivo de arrendatarios en la estructura eléctrica.

Para empezar, lo aludido por AZTECA respecto a la página 22 del Informe N° 251-2013 MTC/26 no está referido al valor del factor "Na", sino más bien al factor "f". Es más, cuando este Informe trata de justificar un valor al factor "f" advierte que en realidad la cuestión de "espacios" y "soportes" es muy variable y difícil de asimilar en un valor fijo, "en la presente estimación podrían plantearse diferentes variaciones que afecten el cálculo: de lado de las telecomunicaciones podríamos asumir 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 podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos por ejemplo para baja tensión".

Por esta razón, es que el Informe concluye que:

"debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f de 20% que implica un margen de seguridad razonable; respecto al 15% calculado".

Lo anterior, por tanto, confirma dos cuestiones: primero, en ningún momento se fijó una capacidad de arrendatarios igual a tres (3) para todas las estructuras; segundo, se confirmó que el peso y número de conductores es difícil de determinar, por lo que no podía establecerse un número fijo de conductores; y, tercero, y más importante, que esta variabilidad, para no perjudicar a ninguna de las partes, podía ser trasladada en el factor "f" bajo un porcentaje que conciliara ambas posiciones (la del titular de la infraestructura y el del operador de banda ancha) el cual fue fijado en 20%. OSIPTEL podrá advertir que en ningún extremo del Informe aludido el factor "Na" es fijado en tres (3).

Asimismo, del mismo modo que OSIPTEL no es competente para dictar mandatos en relaciones de compartición que ya cuentan con un Convenio, dicho regulador tampoco puede interpretar las normas reglamentarias que regulan la retribución por compartición bajo la Ley N° 29904. Por este motivo, OSIPTEL no puede pronunciarse sobre el sentido y el valor de las variables contenidas en el Anexo I del Reglamento, ni mucho menos puede exigir que el Contrato se adecúe a dicha interpretación y se reembolsen los supuestos pagos indebidos efectuados por AZTECA bajo la "incorrecta" aplicación del Reglamento. Por el contrario, conforme se ha probado en este procedimiento, AZTECA tuvo la misma

interpretación que ELSE respecto al valor del factor "Na", y manifestó dicha posición al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Por otro lado, AZTECA quiere sorprender a OSIPTEL y a ELSE señalando que el Informe N° 251-2013-MTC/26 asigna al factor "Na" el valor de tres (3). AZTECA omite considerar que, además de no precisar ningún valor para "Na", este Informe no vincula ni complementa las disposiciones finalmente recogidas en el Reglamento. Así pues, aun cuando el Informe hubiera propuesto ello, esto no habría sido vinculante para efectos de la aplicación del Reglamento. Este último, desde el momento de su aprobación, se interpreta y aplica independientemente de lo que señalen los Oficios, Informes y Exposición de Motivos que le dieron lugar.

Finalmente, haber señalado mediante un Informe que el valor de "Na" es tres (3) habría carecido de razonabilidad, pues las instalaciones eléctricas varían de tamaño, material de soporte y espacios, por lo que fijar un valor en tres (3) habría supuesto exigir a los concesionarios eléctricos que acepten hasta tres (3) arrendatarios aun cuando sus estructuras no cuenten con capacidad para ello. Una interpretación distinta habría carecido de sustento legal. Esto explica más bien el sentido que le otorgamos ELSE y AZTECA al Anexo I del Reglamento al momento de negociar y suscribir el Contrato, entendiendo que el valor de "Na" hacía referencia al número de arrendatarios efectivos.

(ii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 aclara /esclarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.

Conforme a lo señalado en el extremo (i) anterior, haber admitido el valor de tres (3) habría significado imponer a estructuras sin capacidad para recibir arrendatarios, la obligación de recibir necesariamente a tres (3) operadores, cuando carecían de dicha posibilidad. Sin embargo, algo más importante surge a partir de lo solicitado por AZTECA en el extremo (ii): si fuera correcto, como señala AZTECA, que el Informe N° 251-2013-MTC/26 precisó el valor de "Na" en tres (3), ¿por qué la necesidad del MTC de emitir un nuevo informe (Informe N° 292-2017-MTC/26) y "oficios interpretativos" para "aclarar/esclarecer" el valor del denominador "Na"?

Existe una contradicción evidente en los argumentos de AZTECA. No sólo ello, sino que estos argumentos vagos y circulares no responden en ningún extremo cómo es posible que, sin haberse dictado una norma reglamentaria que modifique el Anexo I del

Reglamento, deba entenderse sin embargo que dicha modificación se ha producido en el extremo referido al factor "Na". Todo esto, en realidad, sólo nos lleva a concluir que AZTECA no tiene las razones legales para respaldar su solicitud. Desafortunadamente, el Proyecto de Mandato recoge argumentos similares y en ningún extremo justifica por qué OSIPTEL es competente bajo la Ley N° 29904 para modificar la retribución y cómo es que puede intervenir en un contrato ya suscrito entre AZTECA y ELSE.

(iii) La contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y ELSE excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

Esto es falso. La retribución pactada se sujeta plenamente a las normas vigentes en su momento y de acuerdo al Anexo I del Reglamento. AZTECA, al pretender que "Na" se modifique por el valor de tres (3), es que sostiene equivocadamente que la retribución que se le cobra actualmente es mayor, cuando en realidad únicamente se le exige el pago de lo que indica la Metodología de Determinación de Cálculo de la Retribución, la cual no ha sido modificada más que en sus factores "m" y "f".

Por tanto, solicitamos a OSIPTEL rechazar el pedido de AZTECA en el sentido que se confirme que, desde su emisión, el Anexo I del Reglamento establecía un valor de tres (3) para el factor "Na".

d) Sobre las discrepancias entre AZTECA y ELSE sobre los montos facturados antes de la emisión del mandato de compartición.

En clara contradicción con la posición que había asumido, AZTECA ha solicitado a OSIPTEL que precise en el mandato que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias correspondiente, es decir, al arbitraje, "en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato".

Al respecto, debemos señalar que, si bien OSIPTEL carece de competencia para dictar el mandato, en el negado caso que así lo hiciere, sus normas disponen que dicho mandato tendrá únicamente efectos a partir de su aprobación. Por tanto, no corresponde a OSIPTEL pronunciarse por el periodo de tiempo transcurrido entre la celebración del Contrato y la aprobación del mandato, debiendo entenderse que AZTECA deberá pagar por el periodo anterior al mandato. Sin embargo, llama más la atención que AZTECA, pese a sostener que esta materia no es arbitrable, solicite que su derecho de acudir al arbitraje no se

perjudique a efectos de reclamar la retribución por el periodo no abarcado en el mandato. AZTECA debe ser congruente con sus argumentos: si la materia es únicamente discutible en sede administrativa, la decisión que se adopte sobre el particular será definitiva y únicamente tendrá efectos a futuro.

Asimismo, la limitación de los efectos en el tiempo que tendría un eventual mandato, demuestra que el régimen de mandatos de compartición está regulado para un escenario en el que las partes no han celebrado un contrato de acceso y uso de infraestructura, donde tiene sentido que los efectos de un mandato sean con posterioridad al dictado del mismo, pues es después de ello que se crea administrativamente una relación de compartición en virtud de un mandato.

Si fuera lo contrario, y se admitiera dictar mandatos para modificar contratos ya suscritos, las normas habrían previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de la decisión y adecuar las cláusulas ilegalmente recogidas en los contratos a las normas de Derecho público aplicables. Una vez más, por los argumentos ofrecidos por AZTECA, se demuestra lo frágil de la posición adoptada en el Proyecto de Mandato, y los vicios de nulidad que desde ya se advierten ante el eventual dictado de un mandato. OSIPTEL únicamente debe cumplir una función subsidiaria y actuar tan solo a falta de Contrato de Acceso entre las partes.

Finalmente, este argumento sólo confirma que la discusión sobre la retribución y el valor del factor "Na" debía ser ventilada en un arbitraje conforme al Convenio. Una decisión como la que OSIPTEL pretende adoptar expone a las partes a obtener decisiones contradictorias (una en sede administrativa y otra en sede arbitral). Por tanto, solicitamos a OSIPTEL abstenerse de dictar un mandato de compartición absolutamente ilegal, careciendo de competencias para ello, y desconociendo que la vía para resolver estas diferencias es la arbitral.

POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo del OSIPTEL, tener en cuenta los argumentos aquí expuestos.



.....
LUCIO A. SÁNCHEZ POVIS
ABOGADO
CAL. 63608

Lima, 17 de mayo de 2018