

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 246-2018-CD/OSIPTEL CON LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00006-2018-CD-GPRC/MC
FECHA	:	15 de enero de 2019

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	ESPECIALISTA DE INTERCONEXIÓN	MARIA OCHOA LA TORRE
	ANALISTA DE POLÍTICAS REGULATORIAS	JORGE HUAMAN SANCHEZ
REVISADO POR:	ESPECIALISTA EN POLÍTICAS REGULATORIAS	JORGE MORI MOJALOTT
	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	TATIANA PICCINI ANTÓN
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUISO CÓRDOVA

1. OBJETO.

Sustentar el pronunciamiento que corresponde emitir al OSIPTEL para resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Dunas S.A.A. (en adelante, ELECTRO DUNAS), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), que establece las condiciones de acceso y uso de infraestructura eléctrica entre las empresas ELECTRO DUNAS y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA).

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta TDP-1283-AG-GER-18, recibida el 12 de abril de 2018, TELEFÓNICA solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura para el acceso a postes (baja, media y alta tensión) de ELECTRO DUNAS en toda el área de su concesión.
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de noviembre de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de noviembre de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición.
- 2.3 Mediante Escrito N° 8, recibido el 6 de diciembre de 2018, ELECTRO DUNAS interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.4 Mediante carta C.00703-GPRC/2018 recibida el 12 de diciembre de 2018, se corrió traslado a TELEFÓNICA de la reconsideración interpuesta por ELECTRO DUNAS.
- 2.5 Mediante Escrito N° 2 recibido el 10 de enero de 2019, TELEFÓNICA remitió sus comentarios respecto a la reconsideración anteriormente señalada.
- 2.6 Mediante carta C.00038-GPRC/2019 recibida el 15 de enero de 2019, se corrió traslado a ELECTRO DUNAS del Escrito N° 2 anteriormente referido, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.

3. PRETENSIONES DEL RECURSO.

ELECTRO DUNAS solicita se declare fundado el recurso presentado y, consecuentemente, se anule la resolución en todos sus extremos.

En otra parte de su escrito, ELECTRO DUNAS, solicita que el Consejo Directivo revoque la resolución impugnada por adolecer de serios vicios de nulidad que ponen en riesgo la aplicación del Régimen Especial de Banda Ancha y las facultades del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC). Concretamente solicita eliminar de las Condiciones Generales del Mandato –Anexo 1 de la Resolución Impugnada, el



numeral 4.4 inciso (vi) de la Cláusula 4 "retribuciones", la asignación del valor de 3 para la variable "Na".

4. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS.

ELECTRO DUNAS ha interpuesto un recurso de reconsideración el 6 de diciembre de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de la publicación del Mandato de Compartición, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTEL, en el Diario Oficial El Peruano, efectuada el 16 de noviembre de 2018, según se ha señalado en la sección precedente.

En consecuencia, sin perjuicio de que el Mandato emitido por el OSIPTEL se haya efectuado en ejercicio de su función normativa, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por ELECTRO DUNAS como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTEL¹ y el trámite que este Organismo Regulador ha brindado a los recursos que han interpuesto los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

En ese sentido, de conformidad con la facultad discrecional con que cuenta el Organismo Regulador, corresponde brindar al recurso de reconsideración de ELECTRO DUNAS el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

5. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS.

ELECTRO DUNAS manifiesta su rechazo respecto a lo indicado por el OSIPTEL en el numeral 6.2.2 del Informe de Mandato de Compartición. Específicamente, se refiere al sustento desarrollado por el OSIPTEL en relación a su competencia para determinar la retribución aplicable y particularmente para fijar un valor concreto para el factor "Na" definido por el Reglamento de la Ley N° 29904 (en adelante, el Reglamento).

La empresa considera que dicha posición contiene errores de apreciación que contravienen lo previsto por la Ley N° 29904, su Reglamento y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) y, por tanto, implican la nulidad² de la Resolución Impugnada, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del TUO de la LPAG.

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

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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

² TUO de la LPAG



ELECTRO DUNAS señala que se contraviene lo expresamente establecido por la Ley N° 29904 cuando el OSIPTEL afirma que "debe definir el valor que debe tomar cada una de las variables que componen la fórmula contenida en el Anexo 1"; toda vez que el régimen especial creado por dicha Ley estableció que la Metodología para determinar el valor de la retribución fuera establecida por el MTC, mediante el Reglamento.³

ELECTRO DUNAS manifiesta que el artículo 30 de la Ley N° 29904 no faculta al OSIPTEL a modificar el Reglamento ni mucho menos a definir el valor que debe tomar cada una de las variables que componen la fórmula contenida en el Anexo 1 del referido Reglamento.

ELECTRO DUNAS indica que, atendiendo a lo señalado por el artículo 32 del Reglamento, el OSIPTEL sostiene que podrá emitir las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la Ley, a través de la emisión de Mandatos que modifiquen lo dispuesto por el Reglamento. Sobre el particular, ELECTRO DUNAS señala que dicho artículo sólo está referido a la facultad de supervisar el cumplimiento de normas legales o reglamentarias, pero no supone, ni incluye, la facultad de modificar normas reglamentarias.

Considera ELECTRO DUNAS, que el OSIPTEL desconoce lo establecido en su propio Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM que define claramente sus facultades de supervisión⁴.

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias**" (Énfasis de ELECTRO DUNAS).

³ "Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos
13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:
(...)

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

⁴ "Artículo 36.- Definición de Función Supervisora.

La función supervisora permite al OSIPTEL verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad supervisada".



ELECTRO DUNAS manifiesta que de las disposiciones citadas en la Ley N° 29904, su Reglamento y el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, sólo puede concluirse que las facultades del OSIPTEL, respecto al régimen de banda ancha, están referidas a la supervisión del cumplimiento de las disposiciones legales (acceso a la infraestructura eléctrica, pago de retribuciones únicas y mensuales) y reglamentarias (aplicación estricta de la Metodología para el cálculo de la retribución fijada en el Anexo 1 del Reglamento y, verificación de condiciones técnicas de la banda ancha) de dicho régimen especial. Pero, según señala, de ninguna manera se puede afirmar que el OSIPTEL se encuentra facultado para modificar, vía un acto administrativo (Mandato), el Anexo 1 del Reglamento (Decreto Supremo).

Manifiesta, asimismo, que la naturaleza de acto administrativo del Mandato ha sido expresamente reconocida por el OSIPTEL al haber acogido recursos de reconsideración como el presente o de casos similares y declararlos fundados o infundados⁵. Sin embargo, contraviniendo sus actos propios, en la Resolución Impugnada el OSIPTEL adopta una interpretación literal de sus facultades normativas y considera al Mandato como una norma y no como un acto administrativo⁶.

ELECTRO DUNAS considera que los mandatos emitidos por el OSIPTEL, en ejercicio de su función normativa, tienen naturaleza de acto administrativo, atendiendo con ello no a una interpretación literal del texto del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, sino a una interpretación integral de las características y efectos particulares e inmediatos de los mandatos.

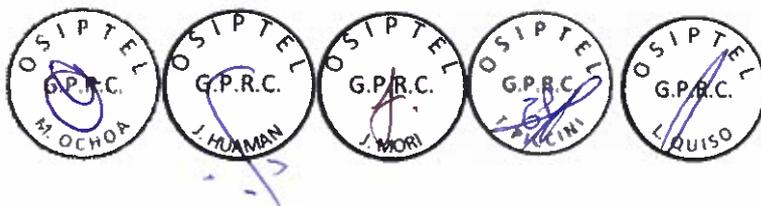
La empresa manifiesta que, partiendo de la incorrecta interpretación del mandato como una norma, el OSIPTEL considera que está facultado para modificar el Anexo 1 del Reglamento cuando en realidad, por tratarse de un acto administrativo, debe sujetarse a lo dispuesto por el mismo y de ninguna manera puede modificarlo. Señala que de esta manera, la interpretación realizada por el OSIPTEL contraviene lo dispuesto por la Ley N° 29904, su Reglamento y el TUO de la LPAG, e inclusive contraviene las competencias del MTC, quien es el único habilitado para emitir un decreto supremo o

La función supervisora permite al OSIPTEL verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad supervisada.

⁵ A modo de ejemplo véase la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2018-CD/05IPTTEL que declaró infundado (no improcedente) el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Dunas contra el mandato de compartición dictado a favor de Azteca Comunicaciones Perú.

⁶ Página 16 del Informe de Mandato de Compartición

"Así, acorde a las normas que regulan las funciones del OSIPTEL se reconoce que los mandatos, entre ellos los de compartición, constituyen normas y no actos administrativos, En tal sentido, los mandatos no son emitidos en el marco de la Ley 27444"



resolución viceministerial que modifique la metodología aplicable para la determinación de la correspondiente retribución por el uso de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS.

Considera, por otra parte, que a partir de una interpretación arbitraria de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, la Ley N° 29904 y su Reglamento, el OSIPTEL contraviene la competencia otorgada por Ley al MTC para establecer y definir por vía reglamentaria la metodología para determinar la retribución por el uso de infraestructura eléctrica para la promoción de banda ancha; contraviniendo expresamente el artículo 70 del TUO de la LPAG⁷. En consecuencia, señala que las disposiciones que regulan el régimen especial de promoción de la Banda Ancha (Ley N° 29904 y su Reglamento) establecen que es el MTC, a través de la emisión de un decreto supremo o resolución viceministerial, la entidad competente para definir la metodología aplicable para la determinación de la correspondiente retribución, reconociéndose al OSIPTEL únicamente una función supervisora (y no reguladora)⁸.

ELECTRO DUNAS manifiesta que el Reglamento en su artículo 30 establece que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. La metodología descrita en dicho Anexo 1 involucra distintas variables denominadas "m", "l", "h", "f" y una variable "Na" cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: es el número de arrendatarios.

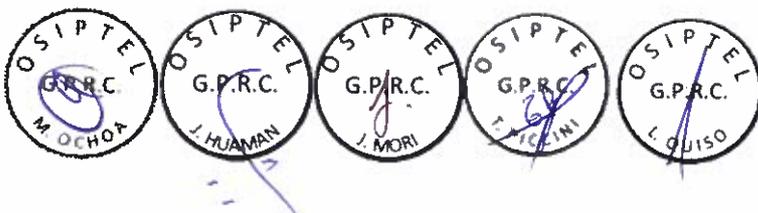
Considera que el Anexo 1 establece que los valores otorgados a las variables "m" "l" "h" y "f" pueden ser modificados mediante resolución viceministerial. Sin embargo, no se señala lo mismo respecto a la variable "Na" la cual, según indica, sólo podría ser modificada por Decreto Supremo. Por este motivo, afirma que carece de fundamento jurídico la pretensión de modificar o fijar un valor a la variable "Na", siendo ilegal que la Resolución Impugnada proponga la modificación de dicha variable, cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, el Reglamento) define por Decreto Supremo el valor de dicho componente y, únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones, modificar algunas variables entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

Con la intención de reforzar su posición, ELECTRO DUNAS cita la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03, que dispuso la modificación de los valores

⁷ "Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan".

⁸ Ver artículo 13.4 b) de la Ley de Banda Ancha, y artículos 30.4 y 33.1 del Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.



otorgados a las variables "m" y "f", sin realizar ninguna modificación al valor asignado a la variable "Na". Por tal motivo, considera que no ha existido ninguna variación en el valor asignado a la variable "Na". Adicionalmente, señala que el Oficio N° 520-2017-MTC/03⁹ remitido por el Viceministerio de Comunicaciones a la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía -en el que a entender del OSIPTEL, según indica ELECTRO DUNAS, se dejaría establecido que "el valor del "Na" es igual a 3 independientemente del número de arrendatarios efectivos-; no tiene valor alguno como prueba en el presente procedimiento, debido a que: (i) se trata de una opinión no solicitada y emitida por el Viceministerio a nombre de otra persona jurídica distinta de ELECTRO DUNAS y; (ii) mediante un Oficio del Viceministerio de Comunicaciones no se puede modificar un Decreto Supremo como el Reglamento de la Ley N° 29904, en aplicación de la jerarquía normativa constitucionalmente reconocida¹⁰ y que entidades como el OSIPTEL deberían conocer y respetar invariablemente.

De esta manera, ELECTRO DUNAS manifiesta que lo señalado por el OSIPTEL respecto de que "los únicos valores que el OSIPTEL debe tomar como predeterminados son los valores de los parámetros establecidos expresamente como parte de dicha fórmula, es decir, los valores establecidos para los parámetros m, l, h y f, los cuales podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones" no resiste el menor análisis jurídico, en primer lugar, porque las competencias de una entidad administrativa no se presumen sino que se deben establecer claramente mediante Ley (principio de legalidad¹¹) y, en segundo lugar, porque vía la interpretación de disposiciones normativas (Ley N° 29904 y su Reglamento) un organismo/órgano no se puede atribuir competencias que no fueron expresamente asignadas por Ley o Reglamento y menos aún modificar una disposición reglamentaria cuyo cumplimiento se supone debería resguardar, supervisar y fiscalizar.

En virtud de lo anteriormente señalado, ELECTRO DUNAS solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL, revocar la Resolución Impugnada por adolecer de serios vicios de nulidad que ponen en riesgo la aplicación del régimen especial de banda ancha y las facultades del MTC sobre el particular. Concretamente, solicita eliminar de las Condiciones Generales del Mandato - Anexo 1 de la Resolución Impugnada-, el numeral 4.4 inciso (vi) de la cláusula 4 "Retribuciones", el cual establece la asignación del valor de 3 para la variable "Na".

⁹ Del 2 de octubre de 2017.

¹⁰ Constitución Política del Perú

Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal: la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

¹¹ Véase también el artículo 70 del TUO LPAG.

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

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



De otro lado, en su respuesta a los comentarios emitidos por ELECTRO DUNAS, respecto de la presunta falta de competencia del OSIPTEL para emitir Mandatos, TELEFÓNICA señala que el artículo 32 de la Ley N° 29904 faculta a este organismo a emitir Mandatos de Compartición, al señalar que este organismo podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, TELEFÓNICA cita el artículo 25 del Reglamento de dicha Ley, que dispone que el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición. También refiere los artículos 23 y 36 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Reglamento General del OSIPTEL), en los que se define la función normativa y la función supervisora de este organismo, respectivamente, señalando que queda claro, sin lugar a interpretación, que este organismo está facultado a emitir Mandatos de Compartición. Finalmente, señala que en el ejercicio de dicha facultad, el OSIPTEL ha emitido diversos Mandatos de Compartición, citando algunos de ellos, entre ellos, el Mandato emitido entre ELECTRO DUNAS y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

En la misma comunicación, respecto de la facultad del OSIPTEL para determinar la retribución aplicable, y respecto de la supuesta modificatoria al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 que este organismo hubiere realizado, TELEFÓNICA señala que el OSIPTEL no ha establecido el valor de la variable "Na" de manera arbitraria, sino considerando la metodología que sustenta la fórmula del Reglamento de la Ley N° 29904, lo que no implicaría una modificación en las variables establecidas en el Anexo 1 de dicho Reglamento a través de Mandato. Asimismo, TELEFÓNICA señala que el OSIPTEL ha sostenido una posición similar en anteriores pronunciamientos ("Na" = 3), por lo que solicita, en atención a los Principios de Imparcialidad, Predictibilidad y Uniformidad que deben guiar todas las actuaciones de la Administración Pública, se aplique en este caso los mismo criterios que han sido aplicados en casos similares.

5.1.1 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

a) Aplicación por parte del OSIPTEL de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904

Según argumenta ELECTRO DUNAS, el Mandato de Compartición emitido por el OSIPTEL contraviene las facultades con que cuenta el MTC, ya que del Informe N° 00233-GPRC/2018, que sustenta el referido Mandato, se desprende que el OSIPTEL ha definido el valor que debe tomar cada una de las variables que componen la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, siendo que dicha posición contravendría el artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 29904, toda vez que el único competente para determinar las variables, es el MTC a través de su viceministerio de comunicaciones.

Al respecto, es oportuno indicar que conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 29904 y de los artículos 25.3 y 26.2 del Reglamento de la citada ley, el



OSIPTEL cuenta con dos prerrogativas, con relación al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de la Ley N° 29904:

- Según lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 29904, el OSIPTEL 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, para ello el OSIPTEL 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).

En efecto, el artículo 32 de la Ley N° 29904 establece que el OSIPTEL *“es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 (...) de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias”*. Es decir, el OSIPTEL ha recibido la atribución de dictar aquellas disposiciones que resulten necesarias para que el artículo 13 de la Ley N° 29904, se cumpla. Asimismo, el OSIPTEL ejerce, respecto de la compartición obligatoria de infraestructura dispuesta por la Ley N° 29904, las funciones que le han sido encomendadas mediante ley orgánica¹² relativas a *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.

- Por otra parte, de acuerdo a los artículos 25.3 y 26.2 del Reglamento de la Ley N° 29904, a falta de acuerdo entre las partes para fijar una relación de compartición, el OSIPTEL interviene a través de la emisión de un mandato de compartición y, en caso de denegatoria de acceso, el OSIPTEL comprueba la existencia de justificación y en los casos que corresponde, también procede emitiendo el mandato de compartición, conforme a las disposiciones específicas que emita en el marco del artículo 32 de la Ley y que será de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio del procedimiento sancionador que corresponda según lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley.

En este contexto, el OSIPTEL no ha efectuado contravención alguna al emitir un mandato de compartición en la relación ELECTRO DUNAS y TELEFÓNICA. Todo lo contrario, ha establecido una relación de compartición, en aplicación de lo dispuesto tanto en la Ley N° 29904, como en su reglamento.

En efecto, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece la metodología de cálculo de la contraprestación mensual en la que se definen parámetros y

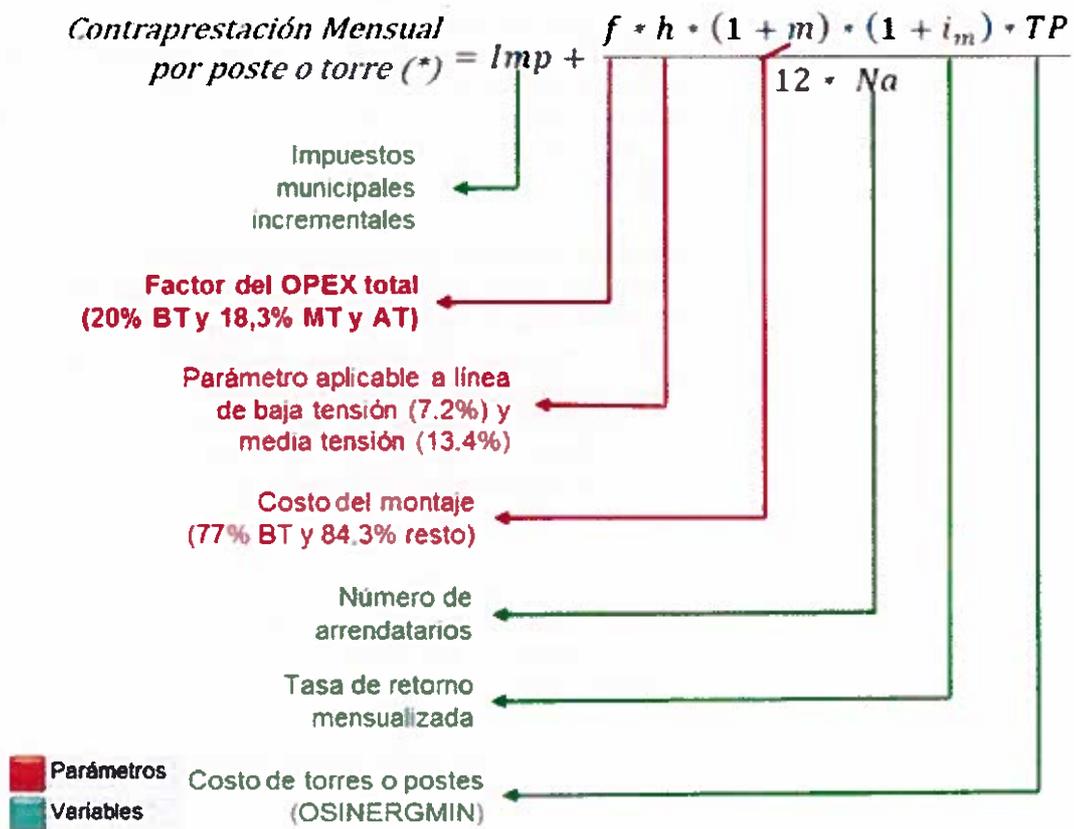
¹² Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



variables y, dada la interpretación realizada por ELECTRO DUNAS respecto de los componentes de la fórmula, resulta importante precisar la diferencia entre estos.

En efecto, en la fórmula establecida en el Anexo 1 indicado, los valores que el OSIPTEL debe tomar como predeterminados son aquellos correspondientes a los parámetros estructurales de la referida fórmula ("m", "I", "h", y "P"); los cuales, en efecto, sólo podrán ser modificados por Decreto Supremo o mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones. No así el caso de los valores de las variables "i_m", "Na", "TP" e "Imp", los cuales deben ser determinados por el OSIPTEL en cada procedimiento de emisión de Mandato de Compartición.

A continuación se muestra un esquema que permite diferenciar las variables (sin valores predeterminados, esto es, varían según el contexto en el que se apliquen) de los parámetros (con valores predeterminados, invariantes), considerados para el cálculo de la contraprestación mensual:



(*) La expresión algebraica agrupa todos los componentes de cálculo señalados en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.



Según lo presentado, el encargo que lleva a cabo el OSIPTEL al establecer el valor de la contraprestación mensual, como parte de la emisión de un Mandato de Compartición específico, implica también la potestad de definir el valor de cada una de las variables que intervienen en la fórmula (“ i_m ”, “ N_a ”, “ TP ” e “ Imp ”), a fin de 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 acorde con la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, salvaguardando así la legalidad de los valores de dicha contraprestación mensual.

b) El OSIPTEL no ha modificado el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 al definir un valor para la variable “ N_a ”.

Respecto de la afirmación de ELECTRO DUNAS, sobre que (i) el OSIPTEL habría modificado el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 al haber definido un valor para la variable “ N_a ” y, que (ii) carece de fundamento jurídico el que OSIPTEL modifique o fije un valor a la variable “ N_a ”; se debe señalar que, en la norma citada por ELECTRO DUNAS, la variable “ N_a ” ha sido definida como “número de arrendatarios” sin hacer mayor precisión al respecto, es decir, la norma no precisa si se trata de la capacidad máxima de arrendatarios o de arrendatarios existentes, o cualquier otra precisión; tampoco se establece un valor específico para dicha variable “ N_a ”.

Resulta también cuestionable que ELECTRO DUNAS sustente su posición argumentando que, dado que no ha existido variación en el valor de la variable “ N_a ”, producto de la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03 (que dispuso la modificación de los valores otorgados a las variables “ m ” y “ f ”), el OSIPTEL no pueda “modificar” el valor de dicha variable.

Al respecto, como toda fórmula, la establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 tiene definidos valores para sus parámetros (“ m ”, “ f ”, “ h ”, y “ r ”), y no tiene definidos valores para sus variables (“ i_m ”, “ N_a ”, “ TP ” e “ Imp ”), ya que estos pueden variar según las condiciones del contexto en el que se apliquen. En consecuencia, para efectos de calcular la contraprestación mensual a ser establecida en cada Mandato de Compartición que este organismo emite, resulta necesaria la determinación, por parte del OSIPTEL, del valor que correspondería a cada una de las variables consideradas en la fórmula, variables cuyos valores no han sido establecidas en el Reglamento de la Ley N° 29904.

Así, al definir el OSIPTEL un valor para la variable “ N_a ”, no está modificando lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sino que está implementando la fórmula establecida para efectos de la determinación de la contraprestación mensual. Por tal motivo, carece de fundamento lo señalado por



ELECTRO DUNAS, respecto de que la Resolución reconsiderada, sea ilegal por modificar el valor de la variable "Na".

Por otra parte, ELECTRO DUNAS en su afán de argumentar sobre el hecho que el OSIPTEL ha modificado mediante un Mandato la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, ha indicado que el OSIPTEL únicamente tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de las normas referidas en el artículo 13 y 15 y que ello no supone ni incluye modificar normas reglamentarias.

En el mismo contexto, ELECTRO DUNAS ha explicado que de acuerdo con la Ley N° 29904, su reglamento y el Reglamento General del OSIPTEL (Decreto Supremo N° 008-2001-PCM), el OSIPTEL sólo puede supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales, pero no está facultado para modificar, vía mandato, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Sobre el particular, al margen que ya se explicó que este Organismo Regulador no ha realizado modificación alguna a las normas referidas, sino que se ha limitado a la aplicación de la fórmula en ejercicio de sus atribuciones, es importante mencionar lo siguiente:

- a. El artículo 32 de la Ley N° 29904, en concordancia con los artículos 25 y 26 de su reglamento, otorgan al OSIPTEL la facultad de dictar disposiciones específicas para el debido cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la Ley N° 29904. Estas disposiciones no están limitadas a obligaciones de control o supervisión, sino referidas al tratamiento de los mandatos y el cumplimiento del acceso y uso de la infraestructura.
- b. Lo referido en el punto anterior viene a ser totalmente distinto a la función supervisora con que cuenta el OSIPTEL en virtud de la Ley N° 27332. En efecto, la supervisión consiste en "verificar" obligaciones preexistentes y ello es evidentemente distinto de la facultad de "dictar disposiciones específicas" que crean obligaciones para los administrados. Esto último, corresponde a la función normativa a cargo de los Organismos Reguladores, que el OSIPTEL ha ejercido precisamente en el presente procedimiento de emisión de mandato.

Ahora bien, en los casos antes mencionados, no debe asumirse que el OSIPTEL, mediante el ejercicio de su función normativa, va a modificar un Decreto Supremo o una Ley, toda vez que se contraviene la jerarquía normativa.

Asimismo, debe precisarse que la variable "Na" no es materia de modificación debido a que esta, por definición, no tiene valores predeterminados. En ese sentido, la variable no es modificada en el Oficio que remitió el Viceministerio de Comunicaciones. Un análisis más detallado se presenta en la siguiente sección.



c) Determinación del valor de la variable "Na" en tres (3).

El tratamiento realizado por el OSIPTEL a la variable "Na" resulta consistente con el dimensionamiento que realizó el MTC al momento de definir el valor del parámetro "f" para calcular el costo incremental total (véase "el proyecto publicado para comentarios dispuesto por la Resolución Vice Ministerial N° 698-2017-MTC/03, en el cual se propuso un valor de "f" = 6,1%¹³). Así, en la Resolución Vice Ministerial N° 698-2017-MTC/03 el MTC consideró la instalación de un (1) cable de comunicación; mientras que en la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 aprobó un valor de "f" = 18,3%, correspondiente a la instalación de hasta tres (3) cables de comunicación, según lo mostrado en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución N° 768-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de "f" = 6,1% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3 , el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

Por consiguiente, si un arrendatario solo instala un (1) cable de comunicación, el sobrecosto que genera y que debe remunerar al concesionario eléctrico es el que corresponde a su respectivo cable, esto es, la tercera parte de 18,3%. Asimismo, de no ser divisible el costo incremental de operación y mantenimiento entre el número de arrendatarios, no hubiera sido posible para el MTC proponer inicialmente para comentarios un valor de 6,1% como valor del parámetro "f", dimensionado para la instalación de un (1) cable de comunicación, como textualmente se indicó en la página 9 del Informe N° 256-2017-MTC/26, detallado a continuación:

"(...)

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

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

¹³ Valor expresamente señalado en la exposición de motivos de la referida resolución y en su informe sustentatorio.



Asimismo, en la aprobación de la modificatoria (mediante Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03), el MTC sigue el mismo criterio metodológico para estimar el valor del parámetro “f”, sólo cambiando el dimensionamiento de cables. Si el MTC hubiera requerido cambiar el criterio metodológico para estimar el referido parámetro “f”, se hubiera presentado una nueva publicación para comentarios, lo que no fue el caso.

Adicionalmente a lo sustentado, es posible justificar mediante un análisis formal e intuitivo el valor de tres (3) para la variable Na:

La formulación presentada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, establece el pago de la contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), en función a costos adicionales (incrementales) de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos; esto es, una retribución orientada a costos, según:

$$RM = Imp + OMc * B * (1 + i_m)$$

Donde las variables ya fueron definidas previamente.

Al respecto, la formulación presentada puede entenderse desde un análisis comparativo entre dos escenarios, uno sin compartición de infraestructura y otro con compartición de infraestructura. Siendo la diferencia entre ambos escenarios, el costo adicional o incremental incurrido por la arrendadora al permitir el acceso.

Una definición formal permitirá explicar con mayor claridad la naturaleza de los costos referidos en la fórmula. Así, se define h como la proporción de costos anuales para la operación y el mantenimiento de los activos regulados (BT). Tal proporción se asume fija (asociada a costos que deben realizarse con cierta periodicidad)¹⁴.

En tanto, δ se define como la proporción de costos adicionales generados por la compartición de la infraestructura. Al ser variables, se incrementan con el número de accesos (arrendatarios). Considérese que estos costos son proporcionales a h .

¹⁴ Consistente con Ford et. al. (2008), quienes plantean un modelo de renta óptima por el arrendamiento de postes basados en el principio del segundo mejor, donde asumen que los costos fijos de los postes de servicios públicos son una función del número de postes, pero no del número de contactos en el poste. Asimismo, suponen que los costos generales de la empresa son proporcionales a los costos fijos. En ese sentido, tanto los costos marginales de corto como de largo plazo son cero, con respecto a los contactos de los postes.

Véase: Ford, G.; Koutsky, T. y Spiwak, L. (2008). *The pricing of pole attachments: implications and recommendations. Phoenix Center Policy Paper N° 34. Phoenix Center for Advanced Legal and Economic Public Policy Studies.*



Si modelamos la variable OMs (OPEX mensual sin compartición), y su equivalente en distintos escenarios con compartición OMs' , se tiene (note que en los escenarios con compartición se siguen asumiendo los costos fijos o incrementales fijos):

Sin compartición	Con compartición de infraestructura			
	1 arrendatario	2 arrendatarios	...	N arrendatarios
$OMs = \frac{h}{12} BT$	$OMs' = \frac{h + \delta h}{12} BT$	$OMs' = \frac{h + \delta h + \delta h}{12} BT$ $= \frac{h + 2\delta h}{12} BT$		$OMs' = \frac{h + n\delta h}{12} BT$

Según lo presentado, el OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, puede expresarse como $OMs' - OMs$, lo que conduce a:

Costos incrementales con compartición de infraestructura			
1 arrendatario	2 arrendatarios	...	N arrendatarios
$\frac{\delta h}{12} BT$	$\frac{2\delta h}{12} BT$		$\frac{n\delta h}{12} BT$

Este resultado permite evidenciar que, mientras más arrendatarios accedan a la infraestructura, aparecerán costos variables incrementales directamente asociados a estos. Los mismos que, dada la definición de $OMc = f * OMs$, permiten concluir que $f = f(n) = n\delta$. Donde f es creciente en n y corresponde a los costos variables incrementales generados por n accesos (arrendatarios).

Considerando el escenario general de n arrendatarios, y dado que $OMs = \frac{h}{12} BT$, la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 puede plantearse en los términos del modelo:

$$RM = Imp + \frac{n\delta h}{12} BT * \frac{1}{n} * (1 + i_m)$$

$$RM = Imp + f(n) * OMs * \frac{1}{n} * (1 + i_m)$$

Donde se observa la dependencia entre f y el número de arrendatarios. Lo que implica que, de existir un solo arrendatario, la contraprestación correspondiente retribuiría, en este extremo, los costos variables incrementales por dicho acceso (esta conclusión es extensible a n arrendatarios).



En la generalidad de los casos, el monto a pagarse como retribución por cada acceso, obedecería exclusivamente a los costos variables incrementales ocasionados, por lo que la empresa recuperaría el íntegro de sus costos incrementales incurridos en la provisión del acceso.

Adicionalmente, el modelamiento planteado podría explicar de forma consistente el diseño metodológico desarrollado por el MTC en el Informe N° 292-2017-MTC/26, donde se prevé que el costo variable incremental generado por un cable de fibra óptica es de 6.1% y el valor fijado para f , considerando 3 accesos (como lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904), es de 18.3%.

Dada la información previa, el cargo por acceso para cada arrendatario puede definirse como:

$$RM = Imp + 6.1\% * OMs * (1 + i_m)$$

Una vez sustentada la posición del OSIPTEL respecto al valor de la variable "Na", en el siguiente esquema se muestra el efecto en la determinación de la contraprestación mensual, para algunas estructuras de soporte eléctrico de ELECTRO DUNAS, considerando los valores del parámetro "f" en el proyecto para comentarios y en la aprobación de la modificatoria indicada:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 698-2017-MTC/03)		APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución N° 768-2017-MTC/03)	
Valor de "f" = 6,1% (para media y alta) Dimensionado para 1 cable de comunicación		Valor de "f" = 18,3% (para media y alta) Dimensionado para 3 cables de comunicación	
Valor de la variable "Na" = 1		Valor de la variable "Na" = 3	
Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)	
TA060SIR0S1C1120FR+3	19,80	TA060SIR0S1C1120FR+3	19,80
TA060SIR0S1C1120FS+6	8,27	TA060SIR0S1C1120FS+6	8,27
EC060COU0D0-120-S1	2,22	EC060COU0D0-120-S1	2,22
EC060COU0S0-120-S1	1,95	EC060COU0S0-120-S1	1,95
EC060SIU0S1-120-S1	3,34	EC060SIU0S1-120-S1	3,34



De esta manera, según se analizó en el Informe N° 00233-GPRC/2018, y dada la aclaración señalada por el MTC, el parámetro "h" descrito anteriormente, incorporaría todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, el valor del parámetro "f" refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

En consecuencia, se reitera que el valor del parámetro "f", está directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica, razón por la cual, no se sustenta 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 ingresa un nuevo arrendatario.

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental por arrendatario generado, el OSIPTEL en su facultad para emitir el Mandato, establece el valor de la variable "Na" en tres (03). Cabe indicar, que se ha considerado que cada arrendatario instalará un cable de comunicación, en razón a lo cual, la contraprestación mensual fijada es por cada cable de comunicación que fuera instalado en la estructura de soporte eléctrico (poste o torre), por lo que, de requerir instalarse más de un cable de comunicación, la contraprestación mensual que deberá pagar TELEFÓNICA se incrementará de manera proporcional a la cantidad de cables instalados.

En consecuencia, respecto de la solicitud de ELECTRO DUNAS de eliminar de las Condiciones Generales del Mandato (Anexo 1), el numeral 4.4 inciso (vi) de la cláusula 4 "Retribuciones", la asignación del valor de 3 para la variable "Na", el OSIPTEL se reafirma en que para efectos del referido Mandato aprobado, corresponde utilizar dicho valor para la referida variable "Na", por los motivos expuestos en el Informe N° 00233-GPRC/2018 y las consideraciones señaladas en el presente informe.

d) *Carácter normativo del Mandato de Compartición.*

Según considera ELECTRO DUNAS, el OSIPTEL ha reconocido la naturaleza de acto administrativo del mandato al acoger los recursos impugnatorios, como en el caso presente; por tanto, no es norma como lo ha precisado en el informe de sustento, sino un acto administrativo.

A efectos de explicar cuál es la naturaleza jurídica de los mandatos de compartición, corresponde evaluar el marco normativo en base al cual son emitidos.



En primer lugar, cabe señalar que de conformidad con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, el OSIPTEL tiene, entre otras, la función normativa, la cual comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, no solo los reglamentos o normas que regulen los procedimientos a su cargo u otras normas de carácter general, sino también Mandatos.

Así, se advierte que es la misma Ley Marco de Organismos Reguladores que le atribuye a los mandatos la naturaleza normativa, en la medida que dadas las particularidades de las funciones propias a los organismos reguladores, existe la necesidad de establecer normativa de carácter especial.

Esto es lo que sucede con los mandatos de interconexión, los mandatos de compartición de infraestructura, los mandatos de acceso a operadores móviles virtuales, entre otros.

En el mismo sentido, el artículo 23 del Reglamento General del OSIPTEL¹⁵, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y sus modificatorias, establece que la función normativa comprende la facultad de dictar mandatos.

Así, acorde a las normas que regulan las funciones del OSIPTEL, se reconoce que los mandatos, entre ellos los de compartición, constituyen normas y no actos administrativos.

Cabe indicar que, acorde con lo establecido en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. El requisito de la publicidad, tanto de las leyes como de las normas con rango de ley, tiene por objeto tanto la difusión de su contenido como la publicidad de la misma de manera que todos tengan conocimiento de aquella y pueda exigirse su cumplimiento obligatorio, dentro del ámbito territorial correspondiente¹⁶.

Justamente, la publicación de los mandatos de compartición resulta necesaria a fin de que sus reglas y condiciones, puedan ser de público conocimiento a fin de que cualquier agente interesado pueda aplicarlas.

¹⁵ **“Artículo 23.- Definición de Función Normativa**

La función normativa permite al OSIPTEL 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.”

¹⁶ Ver fundamento 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 00005-2010-PI/TC.



Asimismo, el mandato de compartición está destinado a ser aplicado/repetido continuamente a las futuras situaciones jurídicas previstas en su supuesto de hecho.

En efecto, tal como se ha manifestado, las reglas y condiciones aplicables en los mandatos de compartición son replicables a otras empresas, siempre que tengan las mismas condiciones (es decir, que se presente el mismo supuesto de hecho). En virtud a ello, los titulares de la infraestructura de uso público, deben darle el mismo tratamiento al acceso y uso compartido a la infraestructura que sea solicitado por otras empresas operadoras que quieran acceder en condiciones iguales o equivalentes.

En tal sentido, no podría ser calificado como un acto administrativo en la medida que su cumplimiento no se agota en sus destinatarios, sino que sus efectos se extienden y tienen una vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico.

El cumplimiento de dicho criterio en los casos de los mandatos, no solo de compartición, se ve reflejado en el hecho que otras empresas operadoras se han acogido al cumplimiento de las reglas previstas en los mandatos aprobados por el OSIPTEL.

Finalmente, cabe indicar que si bien la redacción de los mandatos no es impersonal (es decir, se conocen las partes obligadas e intervinientes), el criterio de generalidad no es determinante para distinguir actos administrativos de normas reglamentarias; antes bien, debe considerarse que la emisión de mandatos se efectúa en estricto cumplimiento de la Ley N° 27332 y además con el encargo efectuado por la Ley N° 29904 y su reglamento, en un ámbito enmarcado por aspectos particulares, relacionados con la regulación a empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y las empresas concesionarias de servicios públicos de energía eléctrica.

5.1. CONDICIONES GENERALES DEL MANDATO.

5.2.1 ARGUMENTOS PLANTEADOS POR ELECTRO DUNAS.

- (i) ELECTRO DUNAS señala que el plazo máximo de sesenta (60) días para el retiro del cable de comunicaciones previsto en el numeral 21.2 de las Condiciones Generales del Mandato no ha sido precisado en la cláusula 5 de las mismas condiciones y generaba dudas a TELEFÓNICA. Por ello, consideran necesario precisar en la cláusula 5 lo siguiente:



"5.3 Ante la terminación del presente Mandato y siempre que la relación de compartición de Infraestructura no prosiga en virtud de un nuevo contrato o "mandato de compartición, TELEFÓNICA deberá presentar a ELECTRO DUNAS el cronograma de retiro de los Cables de Comunicaciones instalados en los postes – Infraestructura Eléctrica, así como todas las actividades que se requieran para dar por concluido el presente Mandato, lo que deberá ejecutarse en el periodo de ciento veinte (120) días calendario referido en el numeral precedente. El cronograma de retiro de los Cables de Comunicaciones deberá respetar el plazo máximo previsto en el numeral 21.2".

- (ii) ELECTRODUNAS indica que a efectos de dar cabal cumplimiento a las disposiciones aplicables al sector eléctrico y demás citadas en el numeral 10.1 de las Condiciones Generales del Mandato y considerando las posibles situaciones de riesgo eléctrico que podrán comprometer no sólo las instalaciones eléctricas sino que también las de TELEFÓNICA y que requieren de un accionar inmediato de su parte (por lo demás sujeto a supervisión, fiscalización y sanción por el regulador de electricidad OSINERGMIN), solicitan al OSIPTEL modificar e incorporar en el Anexo III.3 la siguiente precisión:

"e.2 En caso de presentarse fallas en la red eléctrica de ELECTRO DUNAS
Para casos de fallas de la red eléctrica y siempre que comprometa el cable de comunicación de TELEFÓNICA, ELECTRO DUNAS se comunicará a través del personal designado para las coordinaciones ante emergencias con TELEFÓNICA informando sobre la emergencia operativa y el plan de acción. ELECTRO DUNAS podrá realizar la exclusión de los apoyos correspondientes de forma inmediata respetando rigurosamente las normas técnicas establecidas en las CGM y guardando un registro que acredite las situaciones de seguridad que motivaron la exclusión, debiendo comunicar a TELEFÓNICA sus acciones a la brevedad posible por cualquier medio disponible. El ejercicio del derecho de exclusión en la forma aquí establecida por parte de ELECTRO DUNAS no generará responsabilidad ni penalidad alguna a su cargo (...)"

- (iii) Señalan que el OSIPTEL no ha analizado su propuesta de precisión en el numeral 13.2 de las Condiciones Generales del Mandato, por lo que solicitan su análisis e inclusión según se precisa a continuación:

"13.2 Si por causa imputable a TELEFÓNICA, sus trabajadores directos y/o sus contratistas ELECTRO DUNAS se ve obligado a pagar, sin ser limitativos, compensaciones multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, éstas serán asumidas por TELEFÓNICA, de igual manera, sin ser limitativos y sin perjuicio de la cobertura de la póliza prevista en el numeral 20.3 aplicable a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual". (Lo resaltado es nuestro)



- (iv) Finalmente, reiteran su solicitud respecto de que el objetivo del mandato conforme a las competencias del OSIPTEL, es lo correspondiente a los detalles técnicos del "Cable de Comunicaciones" y por supuesto los elementos para su soporte. Sin embargo en los documentos técnicos adjuntados por TELEFÓNICA, se ha incluido detalles de cajas terminales, brazos y otros elementos, cuya instalación en sus estructuras debe ser evaluada previamente (principalmente en cuanto al peso-esfuerzo, cumplimiento de Distancias de Seguridad, operatividad, etc.).

Por lo tanto solicitan al Consejo Directivo, se precise que la obligación de acceso y la correspondiente remuneración fijada en el Anexo 2 de las Condiciones Generales del Mandato, corresponde exclusivamente al Cable de Comunicaciones tal y cual ha sido definido; mientras que la instalación de los demás elementos señalados en los documentos técnicos anexos (que no están incluido en la definición de Cable de Comunicación), serán evaluados como parte de la retribución única prevista en el numeral 4.2 y de la retribución mensual de los incisos (i) y (ii) del numeral 4.3 de las Condiciones Generales del Mandato.

5.2.2 ARGUMENTOS PLANTEADOS POR TELEFÓNICA.

Respecto a las condiciones que ELECTRO DUNAS solicita sean modificadas, TELEFÓNICA señala lo siguiente:

- (i) Respecto al plazo con el que debe contar TELEFÓNICA para el retiro oportuno de cables, solicita que se mantenga el plazo máximo de 120 días calendario, precisando que dicho plazo debe contemplar todas las actividades que se requieran para el retiro de cables y que, a su vez, da por finalizado el Mandato, por lo que solicitan que no se tome en cuenta la precisión solicitada por ELECTRO DUNAS.
- (ii) Respecto a las acciones que debe tomar ELECTRO DUNAS en los casos en que se presenten fallas en su propia red eléctrica, consideran que se debe mantener la redacción del numeral e.2 del Anexo III.3, dado que el mandato ya contempla una cláusula de daños que indica: (a) que sólo se puede excluir los apoyos de ELECTRO DUNAS en caso de riesgo inminente y riesgo a las personas y (b) que en caso se genere alguna contingencia, se deben paralizar las actividades y/o trabajos programados hasta que se establezca o se supere la emergencia acontecida, tal como se señala en el referido literal.
- (iii) Sobre la solicitud de ELECTRO DUNAS de que la póliza que cubre la responsabilidad extracontractual de TELEFÓNICA incluya también compensaciones, multas o sanciones, TELEFÓNICA considera que esta solicitud debe ser desestimada toda vez que la póliza debe cubrir los daños que se genera a las infraestructuras de ELECTRO DUNAS y no conceptos que no guardan relación con lo antes señalado.



- (iv) Sobre la solicitud de ELECTRO DUNAS para que se incluya en el valor de la “retribución única” la instalación de los elementos accesorios al cable de comunicaciones, solicitan se mantenga la redacción propuesta y se desestime lo solicitado por carecer de sustento técnico.

5.2.1 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

- (i) En atención a los comentarios de ELECTRO DUNAS y TELEFÓNICA, respecto al plazo para el retiro de cables, se debe aclarar que TELEFÓNICA cuenta con el plazo de 60 días siguientes a la fecha de culminado el Contrato, para el retiro de cables conforme lo establece el numeral 21.2 del Anexo I de las Condiciones Generales del Mandato. Cabe precisar que el plazo de 120 días calendario señalado en el numeral 21.2 se encuentra referido al plazo máximo que tiene TELEFÓNICA para realizar todas las actividades (incluye los 60 días para el retiro de cables) que se requieran para dar por terminado el Mandato.
- (ii) Respecto al comentario de ELECTRO DUNAS de incluir en el Anexo III.3 de las Condiciones Generales del Mandato una disposición referida a la posibilidad de retirar los apoyos en el caso de fallas de su propia red eléctrica, lo cual no le generará responsabilidad ni penalidad alguna, se señala que el mismo no ha sido considerado, dado que el Mandato ya contempla en varias disposiciones¹⁷ la posibilidad de que ELECTRO DUNAS, de presentarse fallas y/o situaciones de emergencia en la red eléctrica, pueda ejecutar las acciones que correspondan para la normalización de su infraestructura.

De otro lado, con relación a que la exclusión del apoyo no le debería generar responsabilidad ni penalidad alguna a ELECTRO DUNAS, se debe indicar que no se recoge el referido comentario, toda vez que el Mandato ya se contempla en su numeral 13 – Responsabilidad por daños-, y en su numeral 14 – Mantenimiento y reforma de la Infraestructura eléctrica-, los casos en que cada una de las partes resulten responsables de asumir los daños, penalidad u otros, así como también el supuesto en que las partes quedan liberadas de cualquier responsabilidad.

- (iii) Respecto al comentario referido a la póliza de seguro prevista en el numeral 20.3 del Mandato, es preciso hacer notar que el numeral 13.2 del Mandato (Responsabilidad por daños) establece lo siguiente:

“13.2 Si por causa imputable a TELEFÓNICA, sus trabajadores directos y/o sus contratistas ELECTRO DUNAS se ve obligado a pagar, sin ser limitativos, compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, éstas serán asumidas por TELEFÓNICA. En caso que los referidos daños y perjuicios sean

¹⁷ [literal m) del numeral 11 – Obligaciones de ELECTRO DUNAS, numeral 14 – Mantenimiento y reforma de la Infraestructura Eléctrica; así como en el Anexo III.3, literal e – Contingencias-]



imputables parcialmente a TELEFÓNICA, esta responderá proporcionalmente. En caso no se pueda determinar la proporción de la responsabilidad, ésta será asumida en partes iguales.” (Lo resaltado es nuestro).

De lo anterior se puede observar que en la redacción propuesta por ELECTRO DUNAS, dicha empresa pretende eliminar la referencia a los casos en los que los daños sean imputables parcialmente a TELEFÓNICA, y los casos en los que no se pueda determinar la proporción de la responsabilidad. Al respecto, se debe señalar que dicha pretensión no es atendible por cuanto los referidos casos requieren ser considerados a fin de atribuir adecuadamente las responsabilidades entre las partes, en casos en los que el daño no es 100% imputable a TELEFÓNICA. Asimismo, la referencia que hace ELECTRO DUNAS al numeral 20.3 es redundante, ya que el referido numeral ya hace mención expresa a que la referida póliza debe tener una cobertura que incluya multas, penalidades, daños y/o perjuicios.

De otro lado, con respecto a lo indicado por TELEFÓNICA de que la póliza señalada en el numeral 20.3 del Mandato debe cubrir los daños que se generan a las infraestructuras de ELECTRO DUNAS y no multas, penalidades, daños o perjuicios que no guarden relación con la póliza de responsabilidad extracontractual; se debe precisar que el referido numeral del Mandato establece la obligación de constituir una póliza de seguro que considera una cobertura amplia, incluyendo a las multas, penalidades, daños y/o perjuicios por causas imputables a TELEFÓNICA. Asimismo, se señala que la cobertura de dichas multas y penalidades se incluirá en la cobertura de la póliza de seguro, sin perjuicio de la normativa aplicable.

En consecuencia, resulta pertinente la redacción de los referidos numerales 13.2 y 20.3 del Mandato de Compartición emitido, desestimándose lo solicitado por ELECTRO DUNAS y TELEFÓNICA.

- (iv) Conforme a la solicitud de ELECTRO DUNAS de que la remuneración fijada en el Anexo 2 sea considerada respecto al cable de comunicación, y que los demás elementos sean considerados como parte de la retribución única; se debe señalar que no se recoge el comentario efectuado, dado que: (i) el tendido del cable de comunicación requiere de elementos de soporte que son provistos por la propia empresa TELEFÓNICA, los cuales en su conjunto para el presente Mandato, se ha denominado Cable de Comunicación conforme al numeral 3.1; y (ii) se debe recordar que la retribución única cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura eléctrica, la cual comprende los costos de reforzamiento de torres y/o postes específicos y no los elementos o accesorios que son provistos por TELEFÓNICA y que le permiten el tendido del cable.



6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por ELECTRO DUNAS, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

