

09262-2018/53501

OSIPTEL

2018 MAY 11 PM 3: 47

RECIBIDO

Expediente : 00002-2018-CD-GPRC/MC
Sumilla : Comentarios a proyecto de
mandato de compartición.
Escrito : 06

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

ELECTRO SUR ESTE S.A.A (en adelante, "ELSE"), debidamente representada por su abogado Lucio Sánchez Povich, 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 11 de abril de 2018, ELSE fue notificada con la Carta C.00247-GCC/2018, por la cual se nos corrió traslado de la Resolución de Consejo Directivo N° 085-2018-CD/OSIPTEL, el cual contiene el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura (en adelante, el Proyecto o Proyecto de Mandato), y otorga a ELSE un plazo para presentar sus comentarios respecto al mismo.

Mediante Escrito N° 05 del 17 de abril de 2018, ELSE solicitó a OSIPTEL el otorgamiento de un plazo adicional para presentar sus comentarios a dicho Proyecto. Esta solicitud fue amparada por OSIPTEL mediante Resolución N° 00048-2018-PD/OSIPTEL, la cual nos fue notificada el 27 de abril de 2018.

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

- a) **Es improcedente dictar un mandato de compartición en el presente procedimiento, pues ya existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura celebrado entre las partes.**

De acuerdo a lo señalado por OSIPTEL en el Informe, *“los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2015 entre ELSE y AZTECA PERÚ, referidos por ELSE al sustentar su posición, 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.

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

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

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

25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

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

De acuerdo al referido artículo, expresamente existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley 29904, Ley de Promoción de la

¹ Página 11 del Informe.

Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, las cuales son i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y, ii) el mandato de compartición.

Bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, el 3 de marzo de 2015, ELSE y AZTECA suscribieron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica” (en adelante, el “Contrato” o el “Convenio”). En tal ocasión, las partes negociaron de forma transparente, de buena fe y sin algún tipo de coacción, como consta en todas las comunicaciones cursadas entre las partes, mediante las cuales se puede verificar que AZTECA otorgó su conformidad respecto a lo pactado tanto en el Contrato como en la Adenda. Asimismo, AZTECA comunicó su posición con respecto al cálculo de la retribución a aplicar en los proyectos del contrato e, incluso, confirmó ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tener el mismo entendimiento que ELSE sobre qué valor debía tener la variable “Na” para el cálculo de la retribución en discusión.

Sin embargo, pese a lo antes señalado, el OSIPTEL considera en su Proyecto de Mandato que “no resulta preciso analizar en este procedimiento las comunicaciones cursadas entre las partes en las negociaciones sostenidas en el año 2015, que dieron lugar al acuerdo que AZTECA PERÚ ha solicitado modificar solicitando la intervención de OSIPTEL”². Con esto, el OSIPTEL pretende desconocer todos los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú (la “Constitución”), según el cual:

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

² Páginas 11 y 12 Informe.

En efecto, una vez perfeccionado el acuerdo entre partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución es enfático al señalar que la misma no podrá ser modificada ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, debiendo entenderse que dentro de estas "disposiciones de cualquier clase" se encuentran incluidos los eventuales mandatos que dicte OSIPTEL. No sólo ello, sino que además la misma disposición constitucional antes citada agrega que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Esta es la base constitucional que OSIPTEL omite analizar en el Proyecto de Mandato, y que niega a este regulador la competencia de dictar mandatos en supuestos en los cuales ya existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. Omitir este análisis en la motivación del eventual mandato que se dicte, invalidará de pleno derecho esta decisión, pudiendo ser luego observada por desconocer lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

Ahora bien, no sólo existe base constitucional para negar la competencia de OSIPTEL en el presente caso, sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada por el Informe con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado. Así pues, el artículo 1351 del Código Civil, al definir al contrato como "*el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*", entiende que "*(e)l significado del contrato como acto de decisión no excluye la posibilidad de que la parte o las partes tengan un querer distinto del manifestado. La falta de voluntad interna correspondiente no impide, en efecto, que el acto se presente siempre como acto de voluntad*"³. Por ello, un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, y si una de ellas pretende realizar una modificación a una cláusula contractual previamente pactada, dicha parte debe emitir una oferta y la otra parte debe aceptarla para que pueda efectuarse la modificación del contrato y se convierta en un nuevo acuerdo que genere obligaciones para ambas partes. En el presente caso, sin embargo, OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por ELSE y AZTECA en el Convenio celebrado.

³ Massimo Bianca (2007). *Derecho Civil. El Contrato*. (Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Trad). Colombia: Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. P.26.

De manera errónea, OSIPTEL sostiene que la definición de contrato recogida en el artículo 1351 del Código Civil confirma más bien sus competencias para intervenir en las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puesto que un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura *“puede tener también por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura”*⁴. Sin embargo, omite analizar dos cuestiones relevantes. Primero, el término “contrato” empleado a lo largo del artículo 25 y principalmente en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 hace referencia exclusivamente a un escenario en el cual previamente no existe ningún contrato de acceso, y a falta o negativa injustificada de celebrar uno, se hace necesario acudir al OSIPTEL para que éste dicte un mandato de compartición. Mal podría indicarse, entonces, que OSIPTEL puede dictar mandatos para modificar un contrato ya celebrado. Segundo, una lectura del artículo 25 en cuestión nos lleva a la conclusión de que las funciones de OSIPTEL para dictar un mandato son “subsidiarias”, es decir, únicamente ejercidas en defecto de un contrato de acceso y uso de infraestructura. Una vez celebrado el “contrato” al que hace referencia el artículo 25, corresponderá que las partes resuelvan sus controversias según lo convenido por ellas mismas (en el caso de AZTECA y ELSE, mediante un arbitraje). Aunque se alegue que existe un marco normativo sobre el cual las retribuciones por uso de la infraestructura deben ser calculadas, la interpretación y aplicación de las mismas le corresponderá hacerlo a un tribunal arbitral y no al OSIPTEL.

La normativa aplicable, es clara y precisa para determinar que sólo existen dos modalidades para que se realice la compartición de infraestructura, y una de ellas es el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. ELSE y AZTECA, como se mencionó anteriormente, suscribieron el Contrato, por tanto, a falta de acuerdo en la retribución que se debe pagar, AZTECA debe ceñirse únicamente a la Cláusula 25.2 del Contrato para resolver la controversia:

“VIGÉSIMO QUINTA: De la Jurisdicción

⁴ Página 10 del Informe. Punto 4.1.2.

(...)

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 e 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"

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

En el presente caso, no hubo falta de acuerdo como indica el OSIPTEL, sino que sí se concretó un acuerdo y este consenso se materializó con la suscripción del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica. Como bien indica el OSIPTEL en el Informe, "el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso compartido de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo"⁵. El OSIPTEL confirma que el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario, por tanto la finalidad de la norma, sería que primero las partes negocien y lleguen a un acuerdo para que en consecuencia se suscriba

⁵ Página 10 del Informe.

un contrato de acceso, mas no lo que aduce OSIPTEL, según el cual una modificación al contrato ya celebrado puede también ser objeto de mandato.

AZTECA parece olvidar que ya tiene suscrito un Contrato de Acceso con ELSE e informa a OSIPTEL que el escrito de agosto de 2017 fue presentado en el marco de lo dispuesto en el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, cuando el mismo OSIPTEL ha establecido que la emisión de un mandato es un mecanismo subsidiario. AZTECA señala de forma incorrecta lo siguiente: “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 un contrato de acceso a la infraestructura, y ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución de un contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.” El punto ii) señalado por AZTECA es una interpretación inexacta de la norma, debido a que los numerales 25.2 y 25.3 del Reglamento señalan lo siguiente:

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

(...)

25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

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

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

Derecho están siendo tergiversados y manipulados, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto en cumplimiento de la ley y el marco regulatorio aplicable, cuando el asunto tiene consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

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

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

Conforme lo desarrollado en el acápite anterior, queda claro que el mandato de compartición y el contrato de acceso y uso de infraestructura son procedimientos totalmente diferentes que persiguen un mismo fin, pero con características particulares. Por tal motivo, debe cuestionarse la forma en la que el OSIPTEL busca amparar la solicitud realizada por AZTECA, pues el Informe contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios a la seguridad jurídica de los contratos que se encuentra implícita en el derecho a la libertad contractual.

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

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

(...)

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

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

"Pero el vínculo tiene sobre todo una razón funcional. El contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y económicas. Pero no podría desplegar tales funciones, sino bajo el presupuesto de su valor vinculante para las partes. Si el contrato no fuera vínculo –o bien: si cada parte fuera libre de repudiar, modificar, violar los compromisos contractuales dados- nadie podría contar con la certeza y efectividad de sus derechos, a su vez ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de los propios contratos: en efecto, estos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían poco: y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico social saldría destruido."⁶

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

"En consecuencia, conforme a la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, ante un requerimiento para suscribir un "contrato" de acceso y uso de infraestructura, con independencia de si su propósito es crear, modificar, regular o

⁶ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Gaceta Jurídica: Lima. Pag. 496.

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.”⁷

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

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

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

En vista de ello, se debe recalcar que no existe ningún supuesto en el que una persona ajena a la relación contractual pueda modificar las condiciones de un contrato. Es un

⁷ Página 17 del Informe.

imposible jurídico que se produzca una modificación del Contrato en ausencia del consentimiento de las partes del mismo.

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

En el presente caso, AZTECA pretende que OSIPTEL emita un mandato que modifique el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica, sustentándose en que existen infracciones a normas de orden público que establecen retribuciones máximas que no pueden ser excedidas en los contratos de acceso y uso de infraestructura. Desafortunadamente, esta argumentación ha sido erróneamente amparada por el OSIPTEL a través del Proyecto de Mandato. Sin embargo, esta posición se encuentra errada, puesto que, aun cuando existiese una posible contradicción a las normas de orden público, esta afectación debería subsanarse mediante la aplicación de los remedios jurídicos propios del Código Civil, uno de los cuales sería la declaración de nulidad de dicha cláusula (nuevamente, en sede judicial o arbitral, cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, la argumentación presentada por AZTECA carece de sustento lógico jurídico, pues AZTECA debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, basándose en esa supuesta contradicción a las normas de orden público.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Conforme a la citada norma, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") era la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Al amparo de lo antes dispuesto, el Reglamento dispuso claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. La metodología descrita en dicho Anexo 1 involucra distintas variables denominadas "m", "l", "h", "f" y una variable "Na" cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

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

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

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

"En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a 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 arrendatario⁸.

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

⁸ Página 24 del Informe.

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

Por otro lado, el Proyecto de Mandato modifica e interviene ilegalmente en la retribución pactada por ELSE y AZTECA, empleando los criterios para determinar la contraprestación por compartición que recoge el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, el cual **NO ES APLICABLE** al presente caso. OSIPTEL omite en este extremo que la Ley N° 29904 ha delegado a su Reglamento el desarrollo de la Metodología para calcular la retribución por el acceso y uso de infraestructura, siendo estas normas de carácter especial y las únicas aplicables a los casos de mandatos de compartición en el proyecto de Red Dorsal. En efecto, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 desarrolla en extenso cómo se calcula la retribución y en qué únicas variables se pueden realizar modificaciones (variables "m", "l", "h" y "f") y quién es el competente para aprobar dichas modificaciones (el Viceministerio de Comunicaciones). Por tanto, en los procedimientos de mandato que se inicien bajo la Ley N° 29904 y en los cuales se discuta la retribución –como ocurre en el presente caso– la competencia de OSIPTEL se agotará en los márgenes que ha fijado el Anexo 1 del Reglamento, no siendo competente esta entidad para fijar nuevos valores a las variables de dicho Anexo.

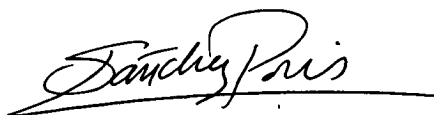
Téngase en cuenta que, de acuerdo al artículo 70 de la LPAG, *"la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan"*. En el presente caso, sin embargo, ni la Ley N° 29904 ni su Reglamento han otorgado competencias a OSIPTEL para fijar y mucho menos modificar retribuciones de compartición sobre la base de *"únicamente (...) el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular"* (como señala el artículo 34 de la Ley N° 28295), sino que por el contrario, la misma Ley N° 29904 ha dejado delegado en el

Reglamento la metodología para el cálculo de dicha retribución sobre la base de un factor "Na" cuyo valor -conforme lo hemos señalado a lo largo del procedimiento- no ha sido modificado y prevalece como número efectivo de arrendatarios, conforme han entendido tanto AZTECA como ELSE en el Convenio celebrado. Por tanto, OSIPTEL DEBE ABSTENERSE de dictar un mandato de compartición como aquél que sugiere el Informe, pues estaría cometiendo una clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia, con las consiguientes responsabilidades funcionales que se desarrollan en las leyes correspondientes.

POR TANTO:

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

Lima, 11 de mayo de 2018



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