

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR STATKRAFT PERÚ S.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 098-2018-CD/OSIPTEL Y ACLARACIÓN DEL MANDATO SOLICITADA POR AZTECA PERÚ S.A.C.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00009-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	13 de junio de 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Asistente de Seguimiento de Mercados	Henry Cisneros
	Analista de Políticas Regulatorias	Jorge Huamán
REVISADO POR:	Especialista en Costos e Interconexión	María Ochoa
	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Lennin Quiso

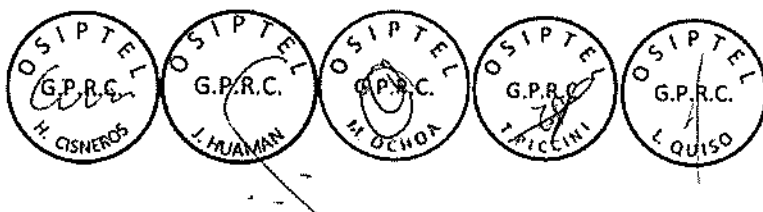
1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Statkraft Perú S.A. (en adelante, STATKRAFT), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00009-2017-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) y STATKRAFT, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 03 de julio de 2015 y modificado mediante el Addendum suscrito el 03 de setiembre de 2015.

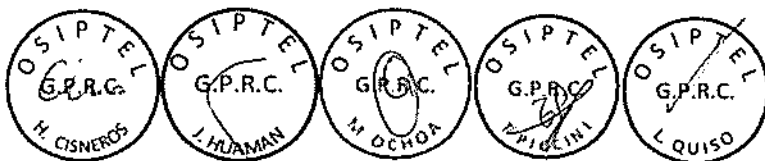
Asimismo, en el presente informe se analizará y absolverá la solicitud de aclaración formulada por AZTECA PERÚ respecto de la entrada en vigencia de la nueva contraprestación definida en el Mandato de Compartición, para la relación de compartición que mantiene con STATKRAFT.

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta DJ-1259/17 recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a Statkraft Perú S.A. adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el "Convenio para compartición de líneas de transmisión de energía eléctrica", suscrito el 03 de julio de 2015" (en adelante, el Contrato), al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, considerando: (i) la modificación de las variables "f" y "m" realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en mandatos de compartición de infraestructura.
- 2.2 Mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el Contrato suscrito con STATKRAFT.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL de fecha 19 de abril de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a STATKRAFT y AZTECA PERÚ el 20 de abril de 2018, mediante las cartas C.00265-GCC/2018 y C.00266-GCC/2018 respectivamente; asimismo, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de abril de 2018.
- 2.4 Mediante escrito recibido con fecha 10 de mayo de 2018, STATKRAFT interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.



- 2.5 Mediante carta DJ-915/18, recibida con fecha 10 de mayo de 2018, AZTECA PERÚ solicitó una aclaración del inicio de la vigencia de la contraprestación fijada en la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Compartición, a efectos que se precise que la nueva contraprestación rige desde el 29 de marzo de 2018.
- 2.6 Mediante carta C.00343-GPRC/2018 recibida con fecha 16 de mayo de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ del recurso de reconsideración interpuesto por STATKRAFT, a fin que presente comentarios que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.7 Mediante carta C.00348-GPRC/2018 recibida con fecha 17 de mayo de 2018, se corrió traslado a STATKRAFT de la solicitud de aclaración del inicio de la vigencia de la contraprestación fijada en la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL formulada por AZTECA PERÚ, otorgándole un plazo máximo de cinco (05) días hábiles a efectos de que remita los comentarios que considere pertinentes.
- 2.8 Mediante carta DJ-991/18, recibida con fecha 23 de mayo de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por STATKRAFT.
- 2.9 Mediante escrito recibido con fecha 24 de mayo de 2018, STATKRAFT remitió su posición respecto de la solicitud de aclaración del inicio de la vigencia de la contraprestación fijada en la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL realizada por AZTECA PERÚ.
- 2.10 Mediante carta C.00390-GPRC/2018 recibida con fecha 29 de mayo de 2018, se corrió traslado a STATKRAFT de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de su recurso de reconsideración, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.
- 2.11 Mediante carta C.00392-GPRC/2018 recibida con fecha 30 de mayo de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios de STATKRAFT respecto de su solicitud de aclaración del inicio de la vigencia de la contraprestación, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.
- 2.12 Mediante escrito recibido con fecha 05 de junio de 2018, STATKRAFT remitió sus comentarios respecto de la posición de AZTECA PERÚ sobre el recurso de reconsideración, que le fuera notificada mediante carta C.00390-GPRC/2018.
- 2.13 Mediante carta C.00417-GPRC/2018 de fecha 08 de junio de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios de STATKRAFT que fueron remitidos mediante escrito recibido con fecha 05 de junio de 2018.



3. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR STATKRAFT.

3.1 PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR STATKRAFT.

STATKRAFT ha interpuesto un recurso de reconsideración el 10 de mayo de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, la Resolución Impugnada), efectuada el 20 de abril de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por STATKRAFT como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTEL¹ y el trámite que este Organismo Regulador brinda a los recursos que interponen los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

En ese sentido, corresponde brindar al recurso de reconsideración de STATKRAFT el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

3.2 ARGUMENTOS PLANTEADOS POR STATKRAFT.

STATKRAFT ha interpuesto recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición, a efectos de que el Consejo Directivo lo declare nulo y rechace la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ por lo siguiente:

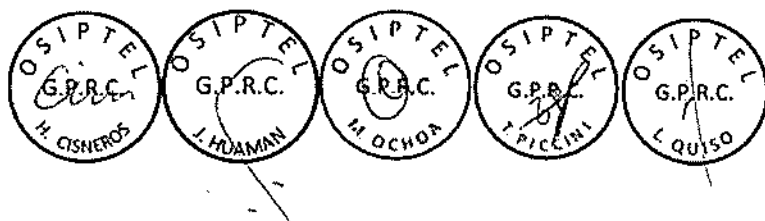
3.2.1 No resultan aplicables al presente caso las disposiciones de la Ley N° 28295 ni de ningún otro régimen de acceso y uso de infraestructura distinto al recogido por la Ley N° 29904.

STATKRAFT señala que el primer extremo que rechaza y solicita sea reconsiderado y anulado de la Resolución Impugnada es el referido a la aplicación de la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto, en el cual la única norma aplicable es la Ley N° 29904. Manifiesta que al igual como lo ha venido haciendo en otros mandatos ya dictados por esta instancia, el Consejo Directivo considera que no sólo la Ley N° 28295 -Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para las prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones- puede ser aplicable a un supuesto de compartición para la instalación de fibra óptica bajo la Ley N° 29904, sino que también a la inversa esta última puede ser aplicada para el desarrollo de proyectos de

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]



telecomunicaciones que cuenten con estructuras de costos distintas al Proyecto de Red Dorsal.

Señala que el OSIPTEL mantiene una posición errada sosteniendo que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (en adelante, el Reglamento de la Ley N° 29904), es aplicable no sólo para la construcción y operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra óptica (en adelante, RDNFO), sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones, al sostener lo siguiente:

"En efecto, los titulares del derecho de acceso y uso de infraestructura compartido, conforme al artículo 13 de la Ley N° 29904, son indistintamente aquellos "concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones" que desplieguen "redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha" (...)

*En ese sentido, **los potenciales beneficiarios de este régimen promotor del desarrollo de la Banda Ancha, son todos aquellos Operadores de Telecomunicaciones (personas con concesión o registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones), que desplieguen redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.***

*Cabe señalar que la definición de Operador de Telecomunicaciones es distinta de la que corresponde al concepto "Operador Dorsal" que se refiere a el (los) concesionarios de la operación total o parcial de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica". Es decir, **AZTECA PERÚ califica como Operador Dorsal conforme al Reglamento de la Ley N° 29904, pero no es esa la condición que lo habilita al acceso y uso compartido de infraestructura regulado por dicha Ley, sino su condición de Operador de Telecomunicaciones.***

*Bajo dicho contexto, **la regla de precio máximo previsto en el artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904 aplica para todas las relaciones de compartición de infraestructura que se encuentren sujetas a la referida Ley, sea que en estas participe un Operador Dorsal (como AZTECA PERU) o cualquier otro Operador de Telecomunicaciones"***

(Énfasis de STATKRAFT, cita de las páginas 20 y 21 del Informe N° 00096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición)

STATKRAFT señala que de acuerdo a lo indicado por el OSIPTEL en el Informe antes citado, el regulador erróneamente considera que la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es de aplicación para el desarrollo de cualquier proyecto de servicios públicos de telecomunicaciones, sea este un proyecto de red dorsal (servicio portador) o no, que se encuentre financiado o no íntegramente por el sector privado y sin importar si se trata o no de proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.



STATKRAFT manifiesta que este último criterio es inaceptable y que no puede extenderse la aplicación de la Ley N° 29904 a cualquier servicio público de telecomunicaciones como lo serían por ejemplo los servicios finales de telecomunicaciones, no sólo por un criterio de especialidad en la aplicación de la Ley N° 29904 sino por las diferentes características técnicas en la prestación de estos servicios públicos; STATKRAFT sostiene que no puede ni debe aplicarse el régimen de promoción y de cálculo del precio máximo contenido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 a proyectos que no estén destinados a la provisión de Red Dorsal (servicio portador) de Banda Ancha, tal y como lo indican los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29904.

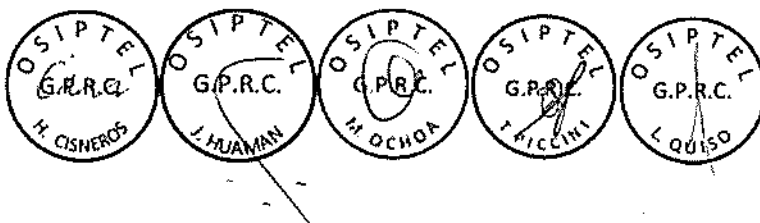
Por tal motivo, STATKRAFT solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL que reconsidere este extremo del Informe N° 00096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Participación y acote expresamente la aplicación y alcances de la Ley N° 29904 y su Reglamento para las redes dorsales (servicios portadores) nacionales que integren a todas las capitales de provincias del país y de redes dorsales que integren a los distritos por medio de la banda ancha, según lo señalado por el artículo 3 de la Ley N° 29904.

Considera que adicionalmente el OSIPTEL no explica en absoluto por qué la Ley N° 29904 tiene que cumplir con los "principios económicos" de la Ley N° 28295 cuando más bien aquella configura un marco especial aplicable únicamente a los casos de provisión del servicio de banda ancha. STATKRAFT señala que su cuestionamiento en este punto versa respecto a que no es relevante si la Ley N° 29904 cumple o no con los "principios económicos" de la Ley N° 28295; la cuestión es por qué debe cumplirlos, teniendo en cuenta que las disposiciones de la Ley N° 29904 establecen reglas propias y especiales aplicables a la relación de participación para servicios de banda ancha (ley especial desplaza a otras leyes generales), sin la necesidad de recurrir a otros marcos normativos. Por este motivo, STATKRAFT exige que se respete el principio jurídico relativo a que la ley especial prima sobre la ley general en el presente caso y que el OSIPTEL no pretenda extender este régimen aplicable a servicios de banda ancha a otros que son ajenos a dicho servicio.

Señala que de una revisión de los regímenes de participación actualmente vigentes, se puede advertir que cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación propio. Así pues, existen hasta tres regímenes distintos de participación de infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

El primero de ellos se encuentra regulado por la Ley N° 28295 y su Reglamento (indebidamente aplicado por el Consejo Directivo), los cuales regulan el régimen general de acceso y uso compartido a las infraestructuras de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones², cuyo objetivo es incentivar el acceso y

² Véanse los artículos 2 y 4 de la Ley N° 28295 que regulan el objeto y el ámbito de aplicación de esta Ley, respectivamente.



efectiva capacidad de competir de los nuevos entrantes al mercado de telecomunicaciones frente a operadores dominantes.

Un segundo régimen de compartición lo encuentran en el Decreto Legislativo N° 1019, aplicable a los casos de acceso y compartición de infraestructura de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que hayan sido previamente declarados como "Proveedor Importante" por el OSIPTEL. Este, evidentemente, no es el caso de STATKRAFT ni el de AZTECA PERÚ, siendo que ninguno ha sido calificado por el OSIPTEL como un "Proveedor Importante" de servicios de telecomunicaciones. De hecho, STATKRAFT no presta servicios de telecomunicaciones.

Finalmente, un tercer régimen de compartición corresponde a aquel contenido en la Ley N° 29904, el cual resulta aplicable al acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha. Éste sí es el régimen aplicable a ambas partes en el presente procedimiento, pues vincula precisamente los servicios de banda ancha y a los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos que posibilitan su prestación.

STATKRAFT manifiesta que, sobre la base del principio de legalidad que ilumina a las actuaciones de la Administración, no existe base normativa para que el OSIPTEL extienda la aplicación del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 a otros operadores de telecomunicaciones, cuando dicho Anexo 1 estaría previsto sólo para operadores de banda ancha. Una interpretación contraria a lo anterior, podría generar una situación en la que las empresas de telecomunicaciones interpreten que tienen derecho a requerir a los titulares de infraestructura eléctrica la modificación de las retribuciones que se tienen pactadas contractualmente con ellas, en función a una metodología que les es ajena y únicamente aplicable para aquellos que cuentan con tendidos de redes de banda ancha.

En tal sentido, solicita al OSIPTEL pronunciarse sobre este extremo y señalar claramente que los operadores de telecomunicaciones no podrán solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con STATKRAFT y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904. Señalan que permitir lo contrario constituirá una actuación ilegal del regulador y además significará distorsionar aún más el mercado beneficiando injustamente a empresas del sector de telecomunicaciones por medio de subsidios asumidos por empresas del sector de energía, lo cual no tiene sustento lógico, legal ni económico alguno.



3.2.2 Es improcedente dictar un Mandato de Compartición cuando existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura previamente celebrado con AZTECA PERÚ.

STATKRAFT señala que el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, indica 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 respectivos, 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 u 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.”

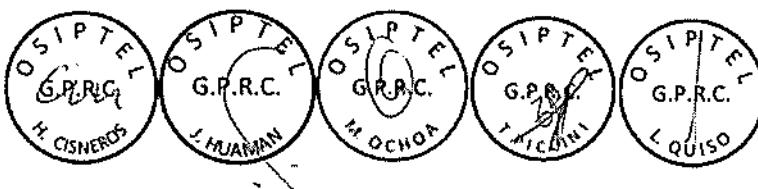
Manifiesta que de acuerdo al referido artículo, expresamente existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley 29904, las cuales son: i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y, ii) el mandato de compartición.

Bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, el 3 de julio de 2015, STATKRAFT y AZTECA PERÚ suscribieron el Contrato (“*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica*”).

Señala que 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 y obrantes en el expediente, mediante las cuales se puede verificar que AZTECA PERÚ otorgó su conformidad respecto a lo pactado en el Contrato. Asimismo, AZTECA PERÚ 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 STATKRAFT sobre qué valor debía tener la variable “Na” para el cálculo de la retribución en discusión.

STATKRAFT manifiesta que una vez perfeccionado un acuerdo entre las partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución³ es enfático al señalar

³ Artículo 62.- Libertad de contratar



que el mismo no podrá ser modificado 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 el OSIPTEL. No sólo ello, sino que, además, la misma disposición constitucional agrega que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial.

STATKRAFT señala que, el Consejo Directivo, a lo largo del Informe N° 00096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición, ha omitido analizar esta situación, argumentando que esta libertad contractual se encuentra sujeta también a los límites que señala el régimen económico de nuestra Constitución, entre los que se encuentra la observancia de la legalidad. De este modo, el OSIPTEL sugiere que, en tanto el Contrato no observe lo dispuesto por la Ley N° 29904 y el Reglamento, el mismo podrá ser objeto de modificaciones por medio de la emisión de mandatos de compartición.

A criterio de la Resolución Impugnada, el Contrato no observó adecuadamente la Metodología de Cálculo del Anexo 1 del Reglamento, lo cual señalan es falso según indica STATKRAFT. Las partes entendieron correctamente y recogieron en el Contrato los valores y metodología establecidos en el Anexo 1 del Reglamento. En particular, el valor del factor "Na" fue recogido debidamente teniendo en cuenta la interpretación de las partes de que dicha variable tenía un valor de "1", posición que incluso ha sido confirmada por las mismas autoridades del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (entidad que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29904), como lo demuestra el Oficio N° 579-2017-MTC/26, donde se señala expresamente que el valor de "Na" es igual a "1". Indica que el OSIPTEL, como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC.

Señala que es inaceptable que, en tanto el OSIPTEL y el MTC mantienen posiciones discordantes, los administrados deban estar sujetos a la incertidumbre de que sus acuerdos contractuales se vean modificados a su antojo cada vez que cambien de criterio. Exige STATKRAFT que el OSIPTEL se pronuncie sobre el criterio de interpretación del valor "Na" que ha señalado el MTC.

STATKRAFT manifiesta que, la motivación expuesta por el OSIPTEL para justificar su intromisión en un Contrato previamente celebrado resulta incompleta e inválida de pleno derecho la Resolución Impugnada, por resultar esto contrario a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General

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. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.



(en adelante, LPAG), el cual exige como requisito de validez que *“el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”*. De este modo, el Mandato de Compartición emitido contraviene el derecho constitucional de STATKRAFT al debido procedimiento, el cual exige que los argumentos de defensa presentados por el administrado sean desvirtuados por la autoridad administrativa; y, como se advierte, pese a que se ha enfatizado en varias ocasiones la necesidad de evaluar la constitucionalidad de un mandato de compartición a la luz del artículo 62 de la Constitución, este argumento de defensa no ha sido desvirtuado con argumentos sólidos y convincentes.

Considera STATKRAFT que esto deviene en la ilegalidad de la Resolución Impugnada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, por contravenir a la Constitución, no solo en su artículo 62, sino también en los numerales 3 y 5 del artículo 139, los cuales reconocen el derecho al debido proceso y a la exigencia de motivación en las decisiones de toda autoridad administrativa.

Señala STATKRAFT que, no sólo existe base constitucional para negar la competencia del OSIPTEL en el presente caso, sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada en el punto 4.1.2 (*sic*) del Informe N° 0096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición, con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado.

Indica que, 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 *“(el) 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”*⁴

STATKRAFT manifiesta que 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, el OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por STATKRAFT y AZTECA PERÚ en el Convenio celebrado.

Señala que de esta manera errónea, el OSIPTEL sostiene en el punto 4.1.2 (*sic*) del Informe N° 0096-GPRC/2018 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

⁴ Cita de STATKRAFT a Massimo Bianca (2007). Derecho Civil. El Contrato. (Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Trad). Colombia: Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. P.26.



que un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura “puede tener también por objeto la creación, regulación, notificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura”⁵. Sin embargo, según STATKRAFT 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 el 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 del 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 PERÚ y STATKRAFT, mediante un arbitraje). Indica que 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.

De este modo, STATKRAFT manifiesta que 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. STATKRAFT y AZTECA PERÚ como se mencionó anteriormente, suscribieron libremente el Contrato, por tanto, a falta de acuerdo en la retribución que se debe pagar, AZTECA PERÚ debe ceñirse únicamente a la Cláusula Séptima del Contrato para resolver la controversia:

“CLAUSULA SEPTIMA: RESOLUCION DEL CONVENIO, LEY APLICABLE Y CONTROVERSIAS

(...)

7.3. Todas las controversias que pudieran suscitarse entre las Partes con motivo del incumplimiento, ejecución e interpretación del Convenio serán resueltas por trato directo entre las Partes y sus representantes conforme a las reglas de buena fe y a la común intención de las partes.

Si como resultado del trato directo no se lograra una solución satisfactoria de las controversias, estas serán sometidas a arbitraje de derecho ante el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas y jurisdicción las partes se someten en forma incondicional.”

(El énfasis es de STATKRAFT)

En tal sentido, STATKRAFT señala que 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 las normas antes citadas, por tanto, que el OSIPTEL dicte

⁵ Página 18 del Informe. Punto 7.1.2.



un 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 de la Ley N° 29904. Por tanto, no había falta de acuerdo, sino que sí se concretó un acuerdo y este consenso se materializó con la suscripción del Contrato.

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

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ parece olvidar que ya tiene suscrito un Contrato de Acceso con STATKRAFT y 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 PERÚ 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."

(El énfasis es de STATKRAFT)

STATKRAFT manifiesta que, 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 tanto 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 la controversia se basa en consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

Por tanto, STATKRAFT considera que al no haberse cumplido 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 Consejo Directivo no debió acoger la solicitud de AZTECA PERÚ en la Resolución Impugnada y tampoco las razones desarrolladas en el Informe N° 0096-GPRC/2018 para conceder la misma. Señala que esto, nuevamente, es evidencia de que la Resolución Impugnada sufre de un vicio de invalidez que exige que ésta sea anulada. Todo acto que contraviene las leyes y normas reglamentarias, como es el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento, incurre en causal de nulidad conforme al numeral del artículo 10 de la LPAG.

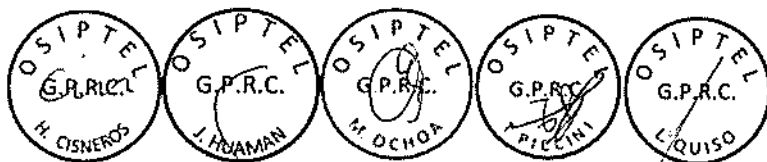
3.2.3 El Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar Mandatos de Compartición en el presente caso.

STATKRAFT manifiesta 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 la Resolución Impugnada amparó la solicitud realizada por AZTECA PERÚ, pues el Informe que la sustenta contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios al principio de seguridad jurídica aplicable a los contratos que se encuentra implícito en el derecho a la libertad contractual.

Señala que la seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico ha otorgado a estos últimos 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 cita 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, STATKRAFT manifiesta que 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.

STATKRAFT indica que en el presente caso, sin embargo, el 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 a lo largo del Informe de Mandato:

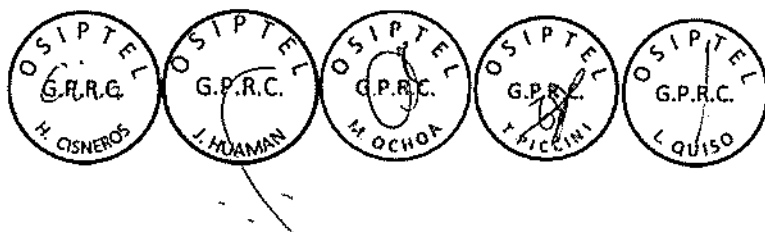
"Por consiguiente, conforme a la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, ante un requerimiento para suscribir un "contrato" de acceso y uso de infraestructura, con independencia de si su propósito es crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, que derive en una falta de acuerdo entre las partes, a solicitud de parte el OSIPTEL se encuentra habilitado a emitir el mandato respectivo definiendo las condiciones (técnicas, económicas, etc.) que no fueron acordadas por las partes."

STATKRAFT manifiesta que el texto citado evidencia un error en la argumentación del Consejo Directivo, 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 STATKRAFT y, por lo tanto, no se encuentran en el supuesto argumentado por el 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, señala que se debe tener presente que la interpretación utilizada por el Consejo Directivo para introducirse en la relación contractual de AZTECA PERÚ y STATKRAFT, 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 STATKRAFT.

Manifiestan que, es importante mencionar que, la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al Consejo Directivo del OSIPTEL intervenir 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 del 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, STATKRAFT recalca que no existe ningún supuesto en el que una persona ajena a la relación contractual pueda modificar las condiciones de un contrato. Es un imposible jurídico que se produzca una modificación del Contrato en ausencia del consentimiento de las partes del mismo. De este modo, al haberse pronunciado el



OSIPTEL a favor de dictar un mandato sobre el cual carece de competencias, se ha quebrantado el principio de legalidad consagrado por el numeral 1.1 del artículo IV de la LPAG, el cual prescribe que:

“Artículo IV. Principios del Procedimiento 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 están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.”

En ese sentido, señala que 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 se está realizando por medio de la Resolución Impugnada.

STATKRAFT manifiesta que en el presente caso, AZTECA PERÚ pretende que el OSIPTEL emita un mandato que modifique el Contrato de Compartición, 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. Señala que, esta argumentación ha sido erróneamente amparada por el OSIPTEL en la Resolución Impugnada. 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, los cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, la argumentación presentada por AZTECA PERÚ carece de sustento lógico jurídico, pues debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, basándose en esa supuesta contradicción a las normas de orden público, la misma que negamos.

STATKRAFT considera que en el supuesto negado que la posición de AZTECA PERÚ tuviera algún asidero, 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 PERÚ 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”.



STATKRAFT manifiesta que, la emisión de la Resolución Impugnada no tiene ninguna validez jurídica en el presente caso, por la forma en la que el OSIPTEL ha decidido sobre el 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 interferir en una relación contractual y creando un mal precedente para la seguridad jurídica de los contratos.

3.2.4 El OSIPTEL carece de competencia para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

STATKRAFT indica que 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.

(...)"

Indica que conforme a la citada norma, el MTC era la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Al amparo de lo antes dispuesto, el Reglamento señaló 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 decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que la Resolución Impugnada haya propuesto 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".

STATKRAFT a manera de refuerzo de su posición, menciona que el MTC emitió la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03 (en adelante, RVM N° 768), 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, señalan que el Consejo Directivo ha dispuesto otorgar un valor distinto al que se venía empleando para la variable "Na", sosteniendo lo siguiente en el Informe N° 00096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato⁶:

De esta manera, el OSIPTEL es el encargado de definir el valor de la variable "Na" en la presente relación de compartición, sin considerar un valor supuestamente "acordado" entre las partes. Al respecto, es pertinente señalar, que al momento de la suscripción del contrato bajo el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento, las partes conocen y aceptan que, según lo dispuesto por el artículo 32 de dicha ley, 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 9 del Reglamento de la Ley N° 29904, lo que incluye a sus modificatorias, para lo cual señala dicha ley, podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias:

STATKRAFT señala que la argumentación anterior, es equivocada, y sólo muestra una suerte de motivación aparente. Indica que, es innegable que al OSIPTEL le asisten funciones para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 29904. Sin embargo, en virtud al principio de legalidad⁷, estas funciones sólo se extienden a aquellos ámbitos que el legislador ha previsto como tal. En el caso en particular, el citado artículo 32 de

⁶ Página 60 del Informe.

⁷ Numeral 1.1 del artículo IV de la LPAG.



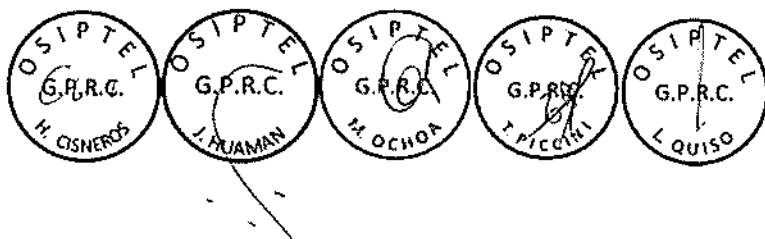
la Ley únicamente señala que al OSIPTEL le corresponde vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de la Ley. El artículo 13, en concreto, está referido a la contraprestación a ser cobrada por el concesionario eléctrico, pero lo que estipula este artículo en su numeral 13.4 literal b) es que "La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente ley". Es decir, consideran que al OSIPTEL no le corresponde fijar valores ni variables u otra acción asociada a lo mismo, sino tan solo aplicar y vigilar que lo que pacten las partes se haga conforme a la Metodología. Y así se hizo en el presente caso con AZTECA PERÚ.

STATKRAFT indica que esta interpretación es acorde con lo que hemos señalado a lo largo del procedimiento: si la metodología aprobada por Decreto Supremo es la que calcula la retribución, únicamente una norma reglamentaria será capaz de modificar la misma y no unilateralmente hacerlo el OSIPTEL. Además, indican que es incorrecto que no existe un valor para "Na" establecido en la Metodología del Anexo 1 y, por tanto, es falso que el OSIPTEL puede intervenir para llenar ese vacío (que no existe). De hecho, el MTC confirmó que el valor de "Na" había sido establecido en "1", tal como confirma el Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017, en el que se señala expresamente que:

"En relación a la consulta, se precisa que el cálculo de la contraprestación mediante la utilización de la metodología, se encuentra asociada a cada punto de apoyo (poste o torre) de acuerdo a su nivel de tensión. Es así que, el valor de "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Así por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario se deberá considerar "Na = 1". Si la misma torre atiende a dos arrendatarios, se deberá considerar "Na = 2"; de igual modo para un número mayor de arrendatarios manteniendo fijas las demás variables. En consecuencia, el pago que realizará cada arrendatario se reducirá en proporción a Na, siendo constante la recaudación total del concesionario eléctrico por el arrendamiento de dicha torre".
(Énfasis agregado por STATKRAFT)

STATKRAFT manifiesta que el OSIPTEL no tiene absolutamente ninguna labor que realizar en torno a la retribución a ser pagada en virtud al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Indica 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 encuentra 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 Mandato, el OSIPTEL no sólo está vulnerando lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución y la autonomía privada de STATKRAFT y AZTECA PERÚ, sino que también estaría yendo en contra de las normas especiales



que regulan la retribución, en concreto, contra lo dispuesto por el Anexo 1 del Reglamento, el cual no deja espacios para el dictado de mandatos de compartición por parte del OSIPTEL.

Por este motivo, señalan que al asignar un nuevo valor a la variable "Na", la Resolución Impugnada está 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.

Asimismo, indica que la Resolución Impugnada y el Informe omiten 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 del 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.

STATKRAFT manifiesta 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 al 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 PERÚ como STATKRAFT en el Contrato celebrado. Por tanto, manifiestan que el Mandato dictado comete 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.



3.2.5 Aun en el negado caso que el OSIPTEL tuviera competencias para modificar el valor de "Na", esto no lo faculta a modificar otros extremos del Contrato ajenos al cálculo de la retribución pactada.

Finalmente, STATKRAFT manifiesta su rechazo al ejercicio arbitrario del poder por parte del Consejo Directivo, quien no sólo ha modificado unilateralmente el Contrato en el extremo referido al valor de la variable "Na" (donde sugiere tener competencia en virtud a la Ley N° 29904), sino que además ha intervenido en otras cláusulas del Contrato, pese a que las mismas fueron libremente pactadas entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT y que no involucraban, en absoluto, nada referido al monto mensual de retribución, como es el caso de la fianza.

Señalan que este extremo de la Resolución Impugnada es, ilegal y debe ser anulado, puesto que transgrede lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución. No solo ello, sino que, en este caso en particular, consideran que el Consejo Directivo no puede argumentar que, sobre la base del bien común, la buena moral, las costumbres o las normas imperativas o de orden público (o cualquier otra justificación que busque o invente) corresponde modificar las cláusulas referidas a la fianza, puesto que pactar ese tipo de garantías no transgrede ninguna norma de orden público ni mucho menos lo dispuesto por la Ley N° 29904 y su Reglamento.

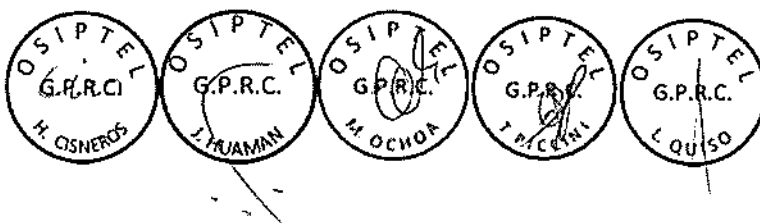
STATKRAFT manifiesta que en el presente caso, las fianzas o garantías pactadas en el Contrato, deben mantenerse, ejecutarse y reponerse, de acuerdo a las reglas acordadas en su momento por ambas partes. Indica que se ha llegado al extremo de modificar las partes "declarativas" del Contrato, contradiciéndose el OSIPTEL con la posición de que únicamente modifica aquello que transgrede la Ley N° 29905, en particular, la Metodología del Anexo 1 del Reglamento.

Reitera que no corresponde al OSIPTEL intervenir en este extremo y, por esta razón, señalan que corresponde al Consejo Directivo anular la Resolución Impugnada, en virtud a lo señalado por el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG.

3.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE STATKRAFT.

3.3.1 El Contrato no es inmutable.

AZTECA PERÚ señala que a criterio de STATKRAFT, el Contrato no puede modificarse luego de su suscripción, puesto que vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado. Considera que, erróneamente STATKRAFT alega que AZTECA PERÚ tendría que asumir las condiciones de la negociación inicial, aun cuando contravengan el marco normativo en materia de compartición de infraestructura, como sucede en el presente caso en el que la contraprestación excede al menos tres (3) veces el precio máximo determinado por la aplicación correcta de la Metodología.



Al respecto, AZTECA PERÚ precisa que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo las cuales fue suscrito el Contrato que vincula a STATKRAFT y AZTECA PERÚ. En efecto, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas⁸ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctricas para el despliegue y operación de la Red Dorsal, con respecto a la existencia de una contraprestación máxima regulada, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, señala que STATKRAFT conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esta condición.

AZTECA PERÚ manifiesta que, el respeto del marco legal bajo el cual fue suscrito el Contrato forma parte de lo pactado y STATKRAFT conocía que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura no sería un aspecto inmutable en la relación de compartición que los vincula. En tal sentido, señala que no existe una vulneración al artículo 62 de la Constitución, pues no se está exigiendo el cumplimiento de una nueva regla, con la que STATKRAFT no contaba al momento de la suscripción del Contrato.

Respecto a que las comunicaciones previas a la suscripción del Contrato deben ser consideradas pues determinan que AZTECA PERÚ voluntariamente aceptó la contraprestación inicialmente fijada y; en esa línea, no correspondería que se modifique la retribución que fue aceptada inicialmente, AZTECA PERÚ señala que resulta sorprendente que STATKRAFT afirme que las partes no podrían renegociar algún aspecto del Contrato, pues todo pacto se encuentra sujeto a negociación y, por ende, a la modificatoria de las condiciones que puedan haber sido inicialmente acordadas más aún en situaciones en las que se ha podido advertir que existió un error en la determinación de alguna condición económica, como se manifiesta ha sucedido en el presente caso.

Al respecto, manifiesta que como ha explicado en anteriores oportunidades, la asimetría informativa existente para conocer los costos de las empresas eléctricas, así como los cortos plazos fijados en el Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal, constituyen circunstancias que facilitaron que en las negociaciones iniciales se determinara erróneamente la contraprestación por uso de infraestructura, al aplicarse incorrectamente la fórmula metodológica. Por ello, tan pronto como tuvo conocimiento y certeza de los valores correctos de las variables de la Metodología, solicitó a STATKRAFT acordar la modificación de la contraprestación inicialmente pactada, a fin de que no exceda el precio máximo legal que puede ser exigible.

⁸ Al respecto, "desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción (ESCOBAR ROZAS, Fredy y Guillermo CABIESES CROVETTO "La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad". En *Ius Et Veritas*, N.º 46, 2013, p.121)



AZTECA PERÚ señala que se debe tener en cuenta que, en el escenario actual en el cual solicitó a STATKRAFT la modificación de la contraprestación, no tienen relevancia alguna las comunicaciones de la negociación primigenia, que fueron previas a la suscripción del Contrato, pues precisamente dicho acuerdo inicial es el que se quiere modificar⁹. Por tanto, no existe ningún sustento jurídico para que el Consejo Directivo considere las referidas comunicaciones iniciales al emitir su mandato de compartición; por el contrario, únicamente debe determinar la retribución en atención a la normativa vigente y la aplicación de los valores correctos de la Metodología.

De acuerdo con lo señalado, AZTECA PERÚ considera que se ha podido evidenciar que carece de total sentido que el Contrato sea inmutable y las partes no puedan modificar las condiciones inicialmente pactadas y que tengan que sujetarse a las comunicaciones que sostuvieron antes de la suscripción del pacto. Manifiesta que la modificación del Contrato resulta necesaria y de toda justicia, pues, en el presente caso, la modificación de la contraprestación obedece a que se ha verificado la vulneración a una norma imperativa, ya que se ha venido exigiendo el pago de una retribución al menos tres veces mayor al límite que fijó el Reglamento.

3.3.2 El Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato

AZTECA PERÚ manifiesta que Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, la Ley de Organismos Reguladores) que fija las competencias para los organismos reguladores como el OSIPTEL es clara en establecer que tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución. Particularmente, la función normativa del OSIPTEL es ejercida por su Consejo Directivo y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

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

Por lo tanto, considera que el marco legal establece que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandato para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso compartido de infraestructura. Así pues, esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos (cuando no

⁹ Cabe señalar que el único escenario en el que las comunicaciones de la negociación primigenia tienen relevancia es para acreditar que desde el inicio de la relación de compartición la contraprestación vulneró el precio máximo determinado en aplicación de la Metodología al utilizar un valor incorrecto para el denominador "Na".



exista un Contrato) o con un límite temporal (únicamente antes: de la suscripción del Contrato) como lo ha alegado STATKRAFT. Por el contrario, manifiesta que es claro que el OSIPTEL está facultado para dictar mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

AZTECA PERÚ manifiesta que STATKRAFT se equivoca cuando alega que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentran reguladas en el artículo 25 del Reglamento. Indica que dicha afirmación carece de sentido; en tanto la competencia de las entidades de la Administración Pública se encuentra sustentada en lo dispuesto en una norma de rango legal y por ende, de ningún modo pueden encontrarse sustentadas en normas de inferior jerarquía, como el Reglamento. Precisa que, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha.

AZTECA PERÚ señala que el Reglamento no podría definir los alcances de la competencia del OSIPTEL para dictar mandatos, menos aun fijando límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato que no han sido reconocidos en la Ley. En esa línea, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente con dichas leyes, y de ningún modo puede tratarse de una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. En consecuencia, considera que la atención de su solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituyen un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución del OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

3.3.3 La emisión de un mandato tiene sustento en la necesidad de resguardar un interés público protegido.

AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de STATKRAFT, el OSIPTEL se encuentra interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias pactados en el Contrato. Desde su errada perspectiva, el Consejo Directivo estaría suplantando la voluntad de las partes sin fundamento alguno, cuando para la modificación de un contrato únicamente deben intervenir las partes y llegar a un acuerdo, sin la intervención de alguna entidad de la Administración Pública.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación entre las partes, sin la intervención de un organismo regulador¹⁰. Sin embargo, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de

¹⁰ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



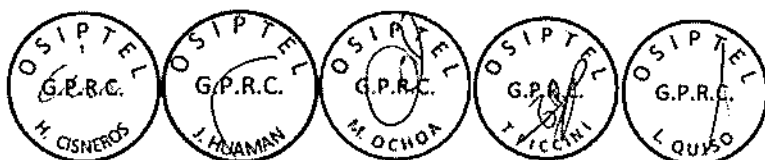
telecomunicaciones, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada, estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.

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

En efecto, indica que la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas. Además, se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso). Manifiesta que en el presente caso lo que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura pues la retribución mensual fijada en el Contrato no respetaba el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, el desacuerdo de la renegociación obedece a que STATKRAFT se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, continúa exigiendo el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal.

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

Indica AZTECA PERÚ que se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato, pues significaría que el OSIPTEL se



encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en las que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

AZTECA PERÚ sostiene que contrariamente a lo señalado por STATKRAFT, no se trata que el OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sino que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. De ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada.

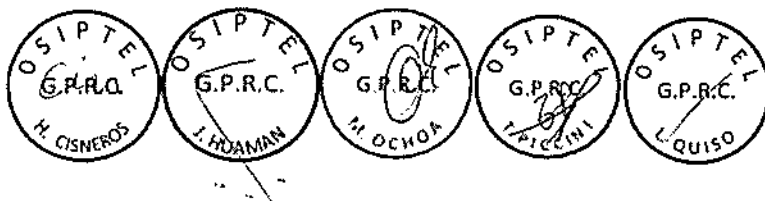
En atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ manifiesta que, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación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

3.3.4 Ante una cláusula que contraviene una norma imperativa no sólo corresponde solicitar su nulidad.

AZTECA PERÚ manifiesta que STATKRAFT pretende que, en caso exista una contravención a una norma de orden público, la afectación deba subsanarse únicamente mediante la aplicación de los remedios jurídicos del Código Civil, esto es, la declaración de nulidad de la cláusula ilegal.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, si bien la declaración de nulidad de una cláusula que contraviene una norma imperativa constituye una forma a la que es posible recurrir para conseguir un pronunciamiento que reconozca que la contraprestación fijada excede el precio máximo que puede ser cobrado por uso compartido de infraestructura, no constituye la única forma de proceder ante dicho escenario. Indica que, se debe tener en cuenta que constituye libertad de AZTECA PERÚ decidir qué remedio emplear o a qué vía acudir para la resolución del problema, esto es, una remuneración que excedía la máxima prevista en el ordenamiento jurídico.

AZTECA PERÚ manifiesta que, en el presente caso, siendo de aplicación las normas imperativas en materia de compartición de infraestructura, el marco jurídico que permite



la intervención del OSIPTEL para resguardar la correcta aplicación de las normas sobre la contraprestación por dicho uso compartido, es que optó por solicitar la modificación del Contrato, de modo que la contraprestación se ajuste a lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. El emplear esta vía les garantizaba la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL en caso que, como en efecto ha ocurrido, la empresa eléctrica se negara a modificar el contrato y a respetar el marco legal vigente.

Precisa que, toda vez que STATKRAFT no aceptó su propuesta de modificación, solicitan al Consejo Directivo que emita un mandato que modifique la remuneración del Contrato, resguardando el despliegue y operación de la Red Dorsal, en atención a sus facultades como organismo regulador. Considera que se encontraba, pues, habilitada jurídicamente para seguir esta vía y lograr de ese modo, con la solicitud de emisión de un mandato, que se respete la metodología. Precisa que no debe perderse de vista que la Ley le otorga a AZTECA PERÚ un derecho de acceso a la infraestructura eléctrica, lo que conlleva el permanecer en el ejercicio de dicho derecho, evitando abusos del poder monopólico del titular de la infraestructura, al pretender cobrarnos una retribución excesiva.

AZTECA PERÚ manifiesta que su decisión de solicitar la emisión de un mandato para modificar la contraprestación fijada en el Contrato se sustenta en la competencia del Consejo Directivo para intervenir ante la falta de acuerdo, resguardando el interés público de compartición de infraestructura para la operación de la Red Dorsal. Por ello, constituye una alternativa legal ilícita y disponible para su empresa, a la que AZTECA PERÚ recurrió para cambiar una situación de ilegalidad y abuso ante la exigencia del pago de una contraprestación que excede por lo menos tres veces el precio máximo que legalmente puede exigirse por compartición de infraestructura.

AZTECA PERÚ precisa que sin perjuicio de lo señalado, la solicitud de un mandato en el presente caso, no impide que, con posterioridad, soliciten la nulidad de la cláusula de contraprestación pactada inicialmente por contravenir una norma imperativa o, en todo caso, acudan a otra vía que consideren conveniente para solicitar la devolución de todo lo pagado en exceso desde la suscripción del Contrato.

3.3.5 El MTC ha sido claro en señalar que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3).

AZTECA PERÚ manifiesta que, lo alegado por STATKRAFT evidenciaría cierta desesperación en su defensa, en la que trata a toda costa de desconocer que para la autoridad el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), contrariamente a lo que hasta la fecha erradamente sostienen (valor igual al número efectivo de arrendatarios). Así pues, considera que STATKRAFT pretendería tergiversar información y confundir al Consejo Directivo señalando que el MTC se ha pronunciado de forma distinta, indicando que el valor del denominador “Na” es igual a uno (1); sin embargo, es claro que la comunicación del Viceministerio de Comunicaciones -omitida estratégicamente por la



contraparte en su escrito de reconsideración- tiene como finalidad aclarar las dudas de las empresas eléctricas en cuenta a la aplicación del referido denominador.

Oficio No. 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017.

"Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arrienden infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro "Na" es igual a 3 independientemente del número de arrendatarios efectivo."
(Énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

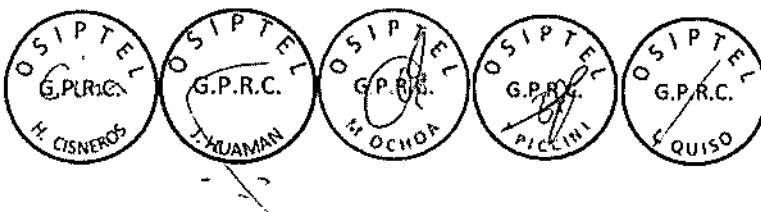
Adicionalmente a lo anterior, AZTECA PERÚ manifiesta que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones depende del Viceministerio de Comunicaciones, por lo que éste último tiene mayor jerarquía en cuanto al criterio interpretativo respecto del valor de una variable de la Metodología establecida en el Reglamento; siendo que su comunicación es la que prima sobre la que pudo haber emitido cualquier dirección que dependa del despacho del Viceministerio. En esa línea, el oficio que reconoce el valor igual a tres (3) del denominador "Na" ha sido firmado por el Viceministro Comunicaciones, quien es el superior en cuanto al sector Comunicaciones.

Además, precisa que se tiene que considerar que con posterioridad de dicha comunicación no ha vuelto a emitir otra que pueda contradecir que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3), por lo que existe un panorama claro sobre cuál es la opinión final del MTC, entidad que emitió el Reglamento que aprobó la Metodología para determinar el precio máximo por uso compartido de infraestructura. Precisamente, este último oficio del Viceministerio de Comunicaciones busca cerrar la discusión en cuanto a las distintas interpretaciones de las empresas eléctricas sobre el valor del denominador "Na".

En consecuencia, AZTECA PERÚ manifiesta que es claro que el MTC ha concluido que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), siendo el valor que las empresas eléctricas deben aplicar para calcular la contraprestación por el uso compartido de infraestructura. Por tanto, el OSIPTEL tiene certeza del valor del denominador "Na" y la forma en la que debe aplicarse la Metodología, por lo que no existe impedimento alguno para que emita un mandato de modificación de la contraprestación, a efectos de que no exceda el precio máximo legal.

3.3.6 Sobre la complementariedad de las Leyes N° 28295 y N° 29904.

AZTECA PERÚ manifiesta que en su Escrito, STATKRAFT señaló que la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento únicamente es aplicable para la construcción de la Red Dorsal, mas no para la compartición de cualquier infraestructura eléctrica que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones.



Asimismo, alega que el Consejo Directivo no puede señalar que en el marco de una relación de compartición bajo la Ley N° 29904, las partes deban seguir los principios económicos de la Ley N° 28295, pues se tratarían de reglas que le corresponden a un régimen distinto al que vincula a STATKRAFT y AZTECA PERÚ.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que el interés público protegido tanto en la Ley N° 28295 y la Ley N° 29904 es el mismo, dado que ambas normas consideran de necesidad nacional reguardar el acceso y uso de infraestructura compartida. Así, en ambos casos, las referidas leyes buscan proteger operador de telecomunicaciones frente al poder de mercado que tiene el titular de la infraestructura para que no coloque barreras económicas a la compartición y, con ello, pueda garantizarse la eficiencia en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Por ello, la lectura de ambas normas debe consensuarse y las disposiciones vinculadas a la contraprestación pueden ser aplicadas en regímenes de compartición de infraestructura, sea que nos encontremos ante el despliegue de la Red Dorsal u otras redes.

AZTECA PERÚ indica que, el hecho de la Ley N° 29904 regule un régimen especial de compartición (para el despliegue de la Red Dorsal), no enerva su real naturaleza (régimen de acceso a infraestructura). Es más, dicha situación sólo refleja la importancia que el Estado peruano le da al adecuado despliegue de la Red Dorsal, dándole una especial protección al tutelar, en este caso, mediante un precio máximo, al operador concesionario de dicha red, para evitar que sea víctima del ejercicio del poder de mercado de los titulares de la infraestructura eléctrica.

Considera que STATKRAFT pretende plantear un falso dilema: no es cierto que tenga que separar o distinguir un régimen del otro (la Ley N° 28295 de la Ley N° 29904). Ambos regímenes protegen a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final, por tratarse de sistemas que garantizan el acceso a infraestructura para evitar que el titular de ésta imponga barreras económicas a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, afectando así a los usuarios finales e impidiendo, en este caso, que se cumpla la política pública y el interés nacional de que todos los peruanos accedan a los beneficios de la banda ancha.

En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que ambas normas tienen finalidades complementarias, por lo que deben leerse en conjunto, así como los criterios fijados deber ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Así pues, contrariamente a lo que manifestó STATKRAFT, señala que no existen motivos por los que ambas normas que regulan la compartición de infraestructura para el despliegue de redes no pueda leerse en conjunto. Por el contrario, se ha podido demostrar que son normas que resguardan el mismo interés público.



3.3.7 El valor igual a tres (3) del denominador "Na" tiene sustento en la Ley N° 29904 y su Reglamento.

AZTECA PERÚ manifiesta que STATKRAFT continúa alegando que señalar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) contraviene el principio de legalidad, dado que a su errado criterio la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento indicaría que el valor es igual al número de arrendatarios reales que, en este caso, sería igual a uno (1). Es más, reiteran que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario ("Na" igual a 1), pues de lo contrario, STATKRAFT terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ.

Al respecto, AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación de que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento del Consejo Directivo que se encuentra en el razonamiento económico de la fórmula fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, puesto que cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Ello, consta en Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM.

En ese contexto, AZTECA PERÚ señala que en el Informe que sustenta el Mandato se ha explicado que, en tanto la Metodología para determinar el costo incremental considera lo que significaría para el valor de la infraestructura el peso de cables apoyados en ella, es que, precisamente, el MTC optó por fijar una fórmula que recompense a las empresas eléctricas que comparten su infraestructura por el desgaste que puede ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica. Ello, obedece a que el Informe del 2017 que sustentó la RVM se desarrolló que, para determinar el costo incremental, se partió de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura son tres (3) cables. Siendo ello así, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables tiene un impacto de 18.3% (valor del factor "f") sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torre/Poste (desgaste de la torre por el peso adicional de 3 cables).

AZTECA PERÚ manifiesta que, como bien lo ha señalado el Consejo Directivo en su Mandato, el 18.3% que es el valor asignado para el parámetro "f" representa el costo incremental que generaría el peso adicional de tres (3) cables en el costo de mantenimiento de la infraestructura. En este escenario, AZTECA PERÚ no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque únicamente tiene un apoyo en infraestructura de STATKRAFT, por lo que para determinar el costo incremental de AZTECA PERÚ generado por el peso de un único cable, se ha reconocido que debe dividirse el valor del parámetro "f"=18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na) para aplicar correctamente la fórmula de la Metodología.



AZTECA PERÚ manifiesta que, de acuerdo a lo señalado por STATKRAFT, si la Metodología aceptara un valor igual a tres (3) para el denominador "Na" lo habría consignado expresamente, pero la propia norma lo ha dejado como una variable abierta y cambiante que asumirá un valor distinto en cada caso. Sobre este punto, AZTECA PERÚ señala que el parámetro "f" y el denominador "Na" se encuentra íntimamente conectados, por ello atendiendo a que el Reglamento permite que el MTC modifique el valor del factor "f", no podría haberse consignado siempre un valor igual a tres (3) para el denominador "Na". Así, por ejemplo, señala que el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03, publicada en El Peruano el 15 de Junio del 2015, proponía un valor del parámetro "f" de 4.3%, en tanto sólo consideraba el peso por el apoyo de un cable, por lo que, de haberse aprobado esa modificación, el valor correcto del "Na" hubiese sido igual a uno (1).

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ señala que determinar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por STATKRAFT, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico. En tal sentido, considera que el Mandato emitido en este caso tiene absoluta validez y su decisión se respalda en el marco legal vigente sobre uso compartido de infraestructura.

3.3.8 El OSIPTEL es competente para modificar los extremos del Contrato que se encuentren vinculados a la contraprestación, como la exigencia de presentar una carta fianza.

AZTECA PERÚ señala que a criterio de STATKRAFT, el Consejo Directivo no sólo modificó ilegalmente la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato, sino que también ha intervenido en otras cláusulas del pacto, modificando aquello que las partes libremente acordaron, como la presentación de una carta fianza para garantizar el cumplimiento de obligaciones. En esa línea, STATKRAFT alegó que pactar garantías como la presentación de una carta fianza no transgrede una norma de orden público ni lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha o su Reglamento.

Al respecto, AZTECA PERÚ manifiesta que el Consejo Directivo es competente para modificar los Contratos cuando las partes no hayan arribado a un acuerdo. Ello, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del marco regulatorio imperativo para no obstaculizar la compartición de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Así, en el presente caso, el Consejo Directivo ha emitido un mandato para garantizar respecto de la contraprestación máxima que STATKRAFT puede exigir a AZTECA PERÚ por el uso compartido de su infraestructura.

AZTECA PERÚ señala que STATKRAFT se equivoca cuando asume que la presentación de una carta fianza consistirá, siempre y en todos los casos, un aspecto de libre disposición de las partes, que no vulnerará el marco normativo vigente. Menos aun cuando la exigencia de presentar una carta fianza tiene como objetivo garantizar el



cumplimiento de las obligaciones de pago de la contraprestación, por lo que tiene conexión con el marco regulatorio imperativo que debe regir las relaciones de compartición.

AZTECA PERÚ indica que, es perfectamente posible que la exigencia de presentación de una carta fianza contravenga el marco legal imperativo relativo a la contraprestación máxima por uso compartido de infraestructura, por las condiciones absolutamente abusivas y leoninas que se exigen en el contrato para su otorgamiento. Así, STATKRAFT, como empresa monopolista que controla el acceso a su infraestructura - con todo el poder de negociación que ello conlleva-, exigió a AZTECA PERÚ una garantía que le obligaba a pagar cualquier diferencia entre el precio máximo legal y la retribución inicialmente pactada, que era superior en al menos tres (3) veces lo que establece la aplicación de la Metodología consignada en el Anexo 1 del Reglamento.

Manifiesta que, la referida carta fianza estaba destinada a quitarle efecto a cualquier mandato que dictara el Consejo Directivo en lo relativo a la contraprestación, pues tenía como objetivo garantizar el pago de una contraprestación ilegal, por encima del precio máximo. Por ello, esté órgano, con buen criterio, tuvo que disponer su modificación para resguardar la plena vigencia del precio máximo prescrito legalmente.

AZTECA PERÚ manifiesta que ello es evidente si se tiene en cuenta que la garantía que STATKRAFT les exigió otorgarle permite su cobro para cubrir cualquier diferencia ante: (i) la modificación de alguna variable de la Metodología; (ii) **la emisión de un mandato o cualquier decisión emitida por una autoridad administrativa o judicial que modifique la retribución;** y, (iii) cualquier circunstancia que altere la contraprestación inicialmente fijada en el Contrato. Es decir, claramente; dicha carta fianza tiene como objetivo que AZTECA PERÚ pague a lo largo de la relación de compartición una contraprestación que excede al menos tres (3) veces el precio máximo legal. A continuación, el texto de la estipulación respectiva.

"5.2. Las Partes acuerdan que existe justa y perfecta equivalencia en la retribución mensual pactada, y que si hubiera alguna diferencia que al presente no perciben, se hacen de ella mutua gracia y recíproca donación, renunciando a cualquier acción encaminada a invalidar los efectos del presente Convenio.

5.3. En ese sentido, las Partes acuerdan que en caso la metodología utilizada para el cálculo de los valores unitarios que componen la contraprestación y que se encuentran detallados en el cuadro del numeral 5.1, sea modificada y, como resultado de su aplicación resultaran valores unitarios inferiores a los acordados entre las Partes, dicha modificación no surtirá efectos para el presente Convenio y los precios pactados se mantendrán inmodificables entre las Partes. El presente acuerdo se alcanza con el objetivo de lograr mantener a salvo, a lo largo de la vigencia del Convenio, el equilibrio económico financiero del mismo, el cual las Partes convienen expresamente en reconocer y expresar que es el resultados de los términos y

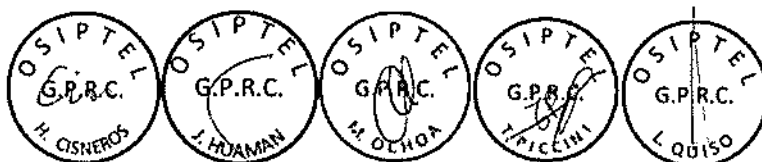


condiciones previstos en las cláusulas estipuladas en el Convenio conforme a las normas vigentes a la celebración del mismo. En consecuencia, este acuerdo aplicará sea cual fuera la causa o forma por la que se produzca la modificación de la metodología de cálculo de la contraprestación, incluyendo, pero no limitándose, al supuesto en el cual se apruebe una modificación a la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904.

5.4. En función de lo señalado en el numeral 5.3 precedente, AZTECA renuncia expresamente a solicitar a STATKRAFT variación de la contraprestación indicada en el numeral 5.1 de este Convenio, como consecuencia de la modificación de la metodología empleada para su cálculo. Asimismo, **AZTECA renuncia expresamente a solicitar a STATKRAFT la variación de la contraprestación indicada en el numeral 5.1 de este Convenio, como consecuencia de la modificación de la metodología empleada para su cálculo. Asimismo, AZTECA renuncia a cualquier acción en la vía civil, judicial y/o arbitral contra STATKRAFT que pretenda cuestionar, desconocer o impedir el cobro o pago total de la retribución mensual, siendo que este se deriva del a voluntad de las Partes y de las normas vigentes. En especial, AZTECA declara tener presente que la aplicación al Convenio, de las posibles modificaciones regulatorias a las que se hace mención en el numeral 5.3 precedente podrían generar incluso una reducción importante de los valores acordados en el Convenio en su beneficio; sin perjuicio de ello, mediante la suscripción del presente documento, expresa su incondicional conformidad con el acuerdo alcanzando en el sentido de aceptar que dichas modificaciones no surtirán efectos entre las Partes, para efectos de lograr salvaguardar el equilibrio económico financiero del Convenio y, consecuentemente, lograr asegurar la adecuada y sostenible ejecución del mismo a lo largo de su plazo de vigencia en beneficio de sus mutuos intereses y beneficios.**

5.5. En caso STATKRAFT tuviese que facturar a AZTECA por concepto de alguna prestación o reembolso en el marco del Convenio, dicha facturación incluirá un diez por ciento (10%) por concepto de gastos administrativos en caso de reembolsos, y se procederá del siguiente modo:
(...)

5.6. Las Partes dejan establecido que, como garantía del fiel cumplimiento del pago de las retribuciones pactadas en el presente Convenio y de manera específica en garantía de la estricta observancia de lo expresado en los numerales 5.3 y 5.4 precedentes, AZTECA entregará a STATKRAFT, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la firma del presente Primer Addendum, una carta fianza (la "Carta Fianza") sin beneficio de excusión, solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática y emitida por una entidad financiera de primer nivel a satisfacción de STATKRAFT, por un equivalente a US\$ 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). La Carta Fianza deberá tener un plazo de vigencia de un año y deberá ser anualmente renovada durante todo el



plazo de vigencia del presente Convenio. Todos los gastos que demande la emisión de la Carta Fianza serán de cuenta y cargo de AZTECA.

5.7. En función a lo antes indicado, queda convenido que la Carta Fianza garantiza el íntegro cumplimiento de la obligación de AZTECA señalada en los numerales 5.3 y 5.4 de la Cláusula Quinta del presente Convenio. En ese sentido, si por cualquier motivo, incluyendo cualquier decisión, sentencia, laudo o concepto similar, emitido por alguna autoridad gubernamental, arbitral o judicial, que tenga como efectos que STATKRAFT termine percibiendo un valor real menor al pactado en el cuadro contenido en el numeral 5.1 de la Cláusula Quinta del presente Convenio, STATKRAFT podrá ejecutar la Carta Fianza a efectos de resarcirse hasta por el monto que haya dejado de percibir por dicho efecto.

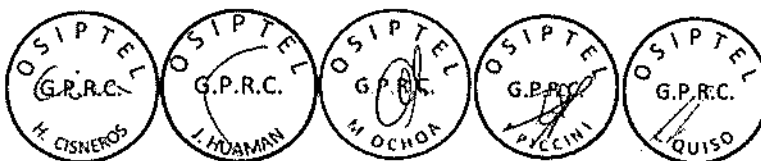
Asimismo, las Partes dejan expresa constancia que la Carta Fianza servirá también para garantizar el íntegro cumplimiento de la obligación de AZTECA contemplada en la Cláusula Quinta del Convenio de Participación - Línea Cobriza, en especial lo establecido en el Addendum a dicho convenio suscrito entre las Partes con fecha 03 de setiembre de 2015, respecto de lo acordado en el sentido de que cualquier modificación regulatoria que tenga un impacto sobre los valores establecidos en dicho acuerdo como montos de retribución por el acceso y uso de la línea Cobriza I - Cobriza II no surtirá efectos para las Partes con el propósito de mantener el equilibrio económico financiero de dicho acuerdo en beneficio común de las Partes.

5.8. En caso de ejecución total o parcial de la Carta Fianza, AZTECA deberá restituir, o hacer restituir, la garantía al monto originalmente establecido. Si AZTECA no restituye la garantía, en un plazo de veinte (20) días calendario contados a partir de la fecha en que STATKRAFT le requiera la restitución de la misma mediante comunicación escrita a ese efecto, STATKRAFT podrá reclamar resuelto el Contrato de manera automática en los términos previstos en el artículo 1430 del Código Civil.”

(Énfasis y subrayado de AZTECA PERÚ).

AZTECA PERÚ manifiesta que, no es cierto como lo alega STATKRAFT que la exigencia de presentar una carta fianza no tenga relación alguna con la exigencia de la contraprestación, que se respalda en una norma imperativa que establece un precio máximo exigible aplicable a las relaciones de participación. Por el contrario, precisamente la exigencia de presentar una carta fianza establecida en el Contrato que vincula a STATKRAFT y AZTECA PERÚ busca incumplir con la norma imperativa de orden público que fija una retribución máxima por uso compartido de infraestructura, en tanto tiene como finalidad que la empresa eléctrica en cualquier circunstancia se cobre un monto que excede el precio máximo que puede ser exigible.

Señala que, si el Consejo Directivo no hubiese ordenado eliminar las cláusulas 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7 y 5.8 del Contrato, su mandato no hubiese tenido ningún efecto real en la relación de participación.



Ello, en tanto STATKRAFT hubiese continuado exigiendo una contraprestación que, al menos, excede tres (3) veces el precio máximo legal, a través del cobro de la garantía pactada.

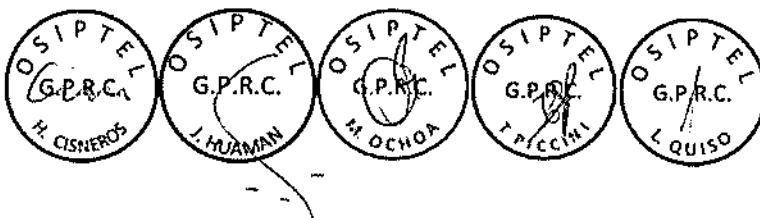
AZTECA PERÚ señala que, de ningún modo el establecimiento de garantías puede servir como un instrumento para omitir el cumplimiento de la normativa imperativa. Por ello, en aras a la protección del marco normativo vigente de cumplimiento imperativo, así como para garantizar el uso compartido de infraestructura, el Consejo Directivo incluyó correctamente en su mandato la eliminación de la exigencia de presentar una carta fianza ascendente a US\$ 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) sustituyéndola por un monto que resultare razonable y proporcional a la contraprestación a pagar por AZTECA PERÚ, puesto que se trataba de una garantía estrictamente vinculada a la exigencia de la contraprestación máxima prevista en la normativa.

Destaca que el Consejo Directivo no ha dejado la obligación de pago sin garantía alguna, sino que ha ordenado que AZTECA PERÚ emita una nueva carta fianza a su favor para garantizar el cumplimiento del pago de la nueva contraprestación que obedece al tope regulado en la normativa. En esa línea, no existe daño alguno para STATKRAFT, pues el incumplimiento de las obligaciones económicas se encuentra respaldado por la nueva carta fianza que ha previsto el Consejo Directivo en su mandato, como se observa a continuación:

"AZTECA PERÚ deberá presentar a STATKRAFT, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de STATKRAFT, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de STATKRAFT, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. En esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de STATKRAFT debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual en caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazar por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución."

(Subrayado y énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que la argumentación de STATKRAFT vinculada a que se mantenga la exigencia de presentar una carta fianza ascendente a US\$ 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) para garantizar el pago de una retribución que excede en al menos tres (3) veces el precio máximo legal por no transgredir el marco regulatorio, no resiste el menor análisis. Resulta cuando menos sorprendente que STATKRAFT presente este tipo de alegaciones, sin el menor reparo o pudor, cuando es a todas luces evidente que su intención únicamente es que se mantenga la existencia de cláusulas que buscan



desacatar un mandato y vulnerar de manera indirecta la normativa imperativa vigente en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, por no decir, burlarla, con exigencias que si bien no constituyen formalmente la contraprestación, tiene un impacto económico directo innegable en la empresa solicitante de acceso.

Por tanto, AZTECA PERÚ señala que ha hecho bien el Consejo Directivo en modificar el monto de la carta fianza pactada inicialmente, en aras de mantener su autoridad y resguardar el cumplimiento de sus mandatos, pues en modo alguno puede permitirse la permanencia de una garantía abusiva, que sólo tiene como objetivo resistirse al cumplimiento de la normativa vigente en materia de uso compartido de infraestructura.

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ manifiesta que debe desestimarse lo alegado por STATKRAFT, en tanto el Consejo Directivo es competente para modificar la contraprestación, así como para eliminar la exigencia de presentar la carta fianza ascendente a US\$ 350,000.00 (Trescientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) como fue prevista originalmente en el Contrato. Ello, toda vez que el Consejo Directivo está facultado para modificar Contratos para garantizar la continuidad del uso compartido de infraestructura cuando las partes no hubiesen podido ponerse de acuerdo, así como resguardar el cumplimiento de la normativa imperativa establecida en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. De este modo, la eliminación de la exigencia de presentar la carta fianza mencionada garantiza que no se vulnere indirectamente la normativa sobre una contraprestación máxima por uso compartido de infraestructura.

3.4 POSICIÓN DE STATKRAFT RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ A SU RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

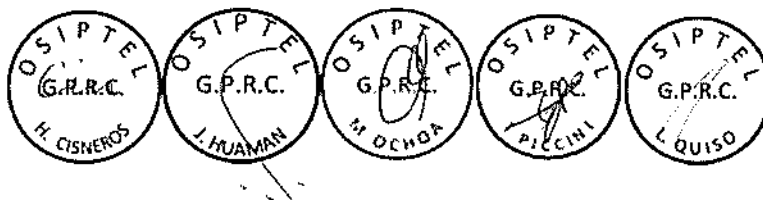
STATKRAFT expresa su total rechazo a lo afirmado por AZTECA PERÚ, pues considera que sus argumentos carecen de cualquier asidero jurídico y tratan de imputarle conductas desleales que contravienen la buena fe procedimental que ha demostrado durante todo el procedimiento.

3.4.1 Sobre la inmutabilidad del Contrato.

STATKRAFT señala haber sostenido durante todo el procedimiento que el Contrato es inmutable, conforme a la protección otorgada a los contratos en el artículo 62 de la Constitución¹¹. Sin embargo, señala que AZTECA PERÚ ha confundido lo expresado por STATKRAFT al señalar que:

¹¹ 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.

(...) (Énfasis de STATKRAFT)



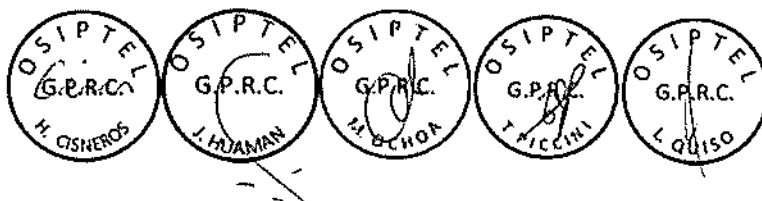
1.4. Asimismo, STATKRAFT señala que las comunicaciones previas a la suscripción del Contrato de Compartición deben ser consideradas, pues determinan que AZTECA (voluntariamente aceptó la contraprestación inicialmente fijada y, en esa línea, a su criterio, no correspondería que se modifique la retribución que fue aceptada inicialmente. Sobre este punto, resulta sorprendente que STATKRAFT afirme que las partes no podrían renegociar algún aspecto del Contrato de Compartición, pues todo pacto se encuentra sujeto a negociación y, por ende, a la modificación de las condiciones que puedan haber sido inicialmente acordadas; más aún en situaciones en las que se ha podido advertir que existió un error en la determinación de alguna condición económica, como ha sucedido en el presente caso.
(Énfasis agregado por STATKRAFT)

Considera que lo expresado por AZTECA PERÚ es falso, dado que nunca ha sostenido que el Contrato no pueda ser modificado. En efecto, todos pueden serlo si ambas partes lo acuerdan así y siguen las formalidades pactadas en el propio contrato. Caso contrario, podrán optar por resolver el mismo o acudir a un proceso de solución de controversias si ese fuere el caso. Pero jamás y bajo ninguna circunstancia, deberá ser librado a la modificación de un tercero como el OSIPTTEL.

STATKRAFT manifiesta en primer lugar, que ha sostenido que el Contrato es inmutable respecto a lo pretendido por AZTECA PERÚ, pues ésta pretende su modificación a través de un mandato de compartición. Por tal motivo, señala que le resulta sorprendente que AZTECA PERÚ no comprenda la diferencia entre la emisión de un mandato de compartición y una renegociación de contrato, pues la renegociación implica que las partes del contrato sostengan tratativas que podrían derivar en la celebración de una modificación o no, de un contrato ya existente. En consecuencia, considera que AZTECA PERÚ puede solicitarle renegociar el contrato de formas infinitas, pero dichas pretensiones sólo serán exigibles cuando STATKRAFT acepte realizar la modificación propuesta, pues ésta tiene todo el derecho de no aceptar las modificaciones propuestas y mantener el texto vigente aprobado en la celebración del contrato.

STATKRAFT manifiesta que en este caso, no existe acuerdo con AZTECA PERÚ para la modificación del Contrato y, por tanto, considera que no existe modificación pues los términos expresados por AZTECA PERÚ en su renegociación no han sido aceptados. Conforme a lo expuesto, STATKRAFT desea dejar claro que el Contrato puede ser modificado válidamente, pero sólo por acuerdo entre las partes. En consecuencia, la inmutabilidad del Contrato debe ser entendida con relación a la emisión del mandato de compartición por parte del OSIPTTEL, pues éste es un tercero ajeno a la relación contractual que pretende ilegalmente reemplazar la necesidad de acuerdo entre partes para modificar el Contrato.

En segundo lugar, STATKRAFT manifiesta que le llama la atención nuevamente cómo AZTECA PERÚ argumenta la existencia de errores y asimetría informativa en la celebración del Contrato:



1.5. "Al respecto, como AZTECA ha explicado en anteriores oportunidades, la asimetría informativa existente para conocer los costos de las empresas eléctricas, así como los cortos plazos fijados en el Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal, constituyen circunstancias que facilitaron que en las negociaciones iniciales se determinará erróneamente la contraprestación por uso de infraestructura al aplicarse incorrectamente la fórmula metodológica. Por ello, tan pronto AZTECA tuvo conocimiento y certeza de los valores correctos de las variables de la Metodología, solicitó a STATKRAFT acordar la modificación de la contraprestación pactada, a fin de que no exceda el precio máximo legal que puede ser exigible." (Énfasis agregado por STATKRAFT)

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ busca mostrarse como una víctima de su falta de conocimiento sobre los costos de la infraestructura eléctrica y la falta de tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Algo que, considera es inverosímil, tratándose de una empresa multinacional que no sólo opera en el Perú y que además, no sólo cuenta con contratos de compartición celebrados con STATKRAFT, sino que negoció y suscribió numerosos contratos de compartición con distintos titulares de infraestructura eléctrica.

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ es una empresa que pretende desarrollar un proyecto que ella misma califica como de gran importancia para el desarrollo del país. En consecuencia, acreditó ante el Estado Peruano tener conocimiento en el desarrollo de ese tipo de proyectos, lo que involucra indubitablemente tener conocimiento sobre cómo se iban a desplegar sus redes en la infraestructura eléctrica.

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ nunca ha mencionado que no tuvo acceso a la información necesaria sobre los costos de la infraestructura eléctrica o que STATKRAFT no cumpliera con algún requerimiento de información que la primera hubiera solicitado. Por el contrario, AZTECA PERÚ cumplió sin reparos con las prestaciones del Contrato durante un poco más de 2 años. Asimismo, considera preocupante que AZTECA PERÚ sostenga que no tenía capacidad de procesar la información sobre infraestructura eléctrica entregada por STATKRAFT, pues una empresa que pretende desarrollar un proyecto tan importante, debería tener la diligencia de contar con la pericia necesaria sobre la materia.

Señala que, a lo largo del procedimiento se demostró que la negociación del Contrato se llevó de buena fe, al menos por parte de STATKRAFT, y ambas partes estuvieron siempre de acuerdo con las retribuciones pactadas. Es claro que no medió ningún acto de presión o engaño.

Por otro lado, STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ no puede alegar la falta de tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal como una causal para cuestionar el Contrato, pues los plazos del mencionado contrato de concesión fueron aceptados por AZTECA PERÚ al celebrar



el contrato, siendo parte de su deber de diligencia observarlos y tenerlos presentes antes de aceptarlos al celebrar dicho contrato.

STATKRAFT señala que AZTECA PERÚ pretende alegar “errores” en el Contrato que son supuestamente producto de una supuesta asimetría informativa y falta de tiempo; sin embargo, se ha demostrado que aquellos supuestos “errores” serían más una muestra de incompetencia por parte de AZTECA PERÚ o una posición oportunista, pues evidenciaría que ésta carece de conocimiento para desarrollar su proyecto. Señala que el derecho no puede amparar la falta de diligencia o incompetencia de las personas y menos la mala fe.

Por último, STATKRAFT menciona que los supuestos “errores” incurridos por AZTECA PERÚ al momento de celebrarse el Contrato, no tienen mayor sustento que la imaginación de AZTECA PERÚ, pues ninguno corresponde a los supuestos de los artículos 201 al 209 del Código Civil. Por ende, dichos “errores” no tienen ninguna relevancia dentro del marco jurídico vigente.

3.4.2 Sobre la competencia del OSIPTEL para la emisión del mandato.

STATKRAFT señala que nunca ha cuestionado la competencia del OSIPTEL para la emisión de los mandatos de compartición. Lo que cuestiona es que, una vez celebrado un Contrato entre agentes privados, éste no puede ser modificado por una decisión unilateral del OSIPTEL.

En ese sentido, indica que se debe dejar claro que el contrato y el mandato son mecanismos distintos para alcanzar el objetivo del uso de la infraestructura eléctrica. En consecuencia, no se puede pretender que un mandato modifique un contrato o que un contrato modifique un mandato de compartición.

Sin embargo, considera que AZTECA PERÚ no ha comprendido dicha diferencia, pues desarrolla argumentos que carecen de coherencia y sustento legal, conforme se puede apreciar de la siguiente cita:

2.4. Por lo tanto, el marco legal establece que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre acceso y el uso de infraestructura. Así pues, esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos (cuando no exista un contrato de compartición) o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado STATKRAFT. Por el contrario, es claro que OSIPTEL está facultado para dictar mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

(Énfasis agregado por STATKRAFT)



STATKRAFT manifiesta que no ha sostenido que el OSIPTEL pueda sólo emitir mandatos antes de celebrar contratos, pues se reafirma que solo se cuestiona la forma en la que se pretende que un mandato modifique un contrato. De tal manera, señala que STATKRAFT siempre ha sostenido que la supuesta controversia planteada por AZTECA PERÚ debe resolverse mediante los mecanismos propios del Contrato a efectos de definir la situación jurídica de dicho contrato y, en el supuesto negado que se declarase su nulidad, pueda solicitar un mandato al OSIPTEL que establezca todos los términos necesarios para el alquiler de la infraestructura.

Le resulta sorprendente que AZTECA PERÚ pretenda argumentar que la regulación vigente otorga competencias al OSIPTEL para modificar contratos, pues en ninguna parte de las normas mencionadas durante el procedimiento se encuentra establecida aquella facultad. En consecuencia, se debe recordar que las facultades o prerrogativas del OSIPTEL deben ser interpretadas de manera restrictiva, si de por medio se encuentran derechos o intereses legítimos de los particulares.

STATKRAFT recalca que, en el presente caso, al existir un Contrato ya celebrado, el OSIPTEL carece de competencia para modificar dicho acuerdo. Asimismo, que carece de competencia porque la Ley N° 29904 y su Reglamento ya han previsto valores para las variables de la fórmula de cálculo de la retribución. Por lo tanto, no existe ningún vacío que complementar con ningún mandato y, por último, únicamente una modificación a la Ley N° 29904 o a su Reglamento, podrán cambiar la metodología de cálculo de la retribución, pero en ningún supuesto podrá hacerlo unilateralmente el OSIPTEL.

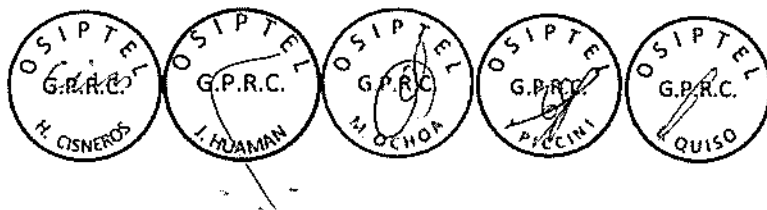
3.4.3 Sobre la necesidad del mandato y el interés público.

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ justifica la actuación del OSIPTEL argumentando una necesidad de satisfacer un interés público, conforme al siguiente texto:

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

(Énfasis agregado por STATKRAFT)

Señala que, resulta contradictorio que AZTECA PERÚ reconozca que una renegociación puede llegar a ser infructuosa, pues antes parecía argumentar que toda



renegociación conlleva necesariamente a la modificación del contrato. En consecuencia, AZTECA PERÚ debería tener claro que la petición de renegociar un contrato no implica un derecho a modificar el contrato para ninguna de las partes.

Manifiesta que, la existencia de un interés público no justifica que una entidad de la administración pueda dejar de observar las normas legales vigentes y sobretodo el artículo 62° de la Constitución. Por tal motivo, considera que AZTECA PERÚ quiere justificar acciones contrarias a derecho, sólo mediante la existencia de un interés público.

STATKRAFT considera que no existe la posibilidad de alinear un contrato que ha sido celebrado en contravención de las normas jurídicas vigentes en dicho momento, por el simple hecho que dicho contrato sería nulo. En efecto, no se puede alinear un contrato inválido, pues simplemente no existe para el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, señala que si AZTECA PERÚ pretende sostener que los términos del Contrato no eran acordes a derecho, debería cuestionar la validez del mismo y solicitar un nuevo cálculo de la retribución haciendo uso de las vías de solución de controversias prescritas en el Contrato, esto es, mediante un arbitraje.

3.4.4 La nulidad del contrato como único remedio.

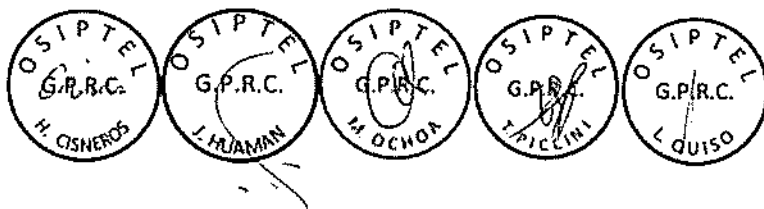
STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ sostiene que existen múltiples remedios a los cuales puede recurrir para tutelar su supuesto derecho:

4.2. Sobre este punto, debemos señalar que, si bien la declaración de nulidad de una cláusula que contraviene un norma imperativa constituye una forma a la que es posible recurrir para conseguir un pronunciamiento que reconozca que la contraprestación fijada excede el precio máximo que puede ser cobrado por uso compartido de infraestructura, no constituye la única forma de proceder ante dicho escenario. En efecto, se debe tener en cuenta que constituye libertad de AZTECA decidir qué remedio emplear o qué vía acudir para la resolución del problema, esto es, una remuneración que excedía la máxima prevista en el ordenamiento jurídico."

(Énfasis agregado por STATKRAFT)

En la posición de STATKRAFT, aun cuando supuestamente existen diferentes remedios para una misma situación, el interesado se encuentra obligado a utilizar aquel remedio que proteja sus derechos e intereses teniendo en consideración la coherencia del ordenamiento jurídico, ya que recurrir a distintos remedios puede generar escenarios contrarios a la seguridad jurídica.

STATKRAFT señala que la coherencia en la aplicación de los remedios del ordenamiento jurídico es sumamente relevante en este caso, pues AZTECA PERÚ sostiene lo siguiente:



4.6. "Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que la solicitud de un mandato en el presente caso, **no impide que, con posterioridad, solicitemos la nulidad de la cláusula de contraprestación pactada inicialmente por contravenir una norma imperativa o, en todo caso, acudamos a otra vía que consideremos conveniente para solicitar la devolución de todo lo pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición.**"

(Énfasis agregado por STATKRAFT)

STATKRAFT manifiesta que acorde con lo anterior, se puede apreciar una actitud oportunista y contraria a la buena fe por parte de AZTECA PERÚ, pues inicia un procedimiento administrativo de mandato de compartición, argumentando que es la única vía competente, pero luego afirma que el monto pagado en exceso por otros periodos no comprendidos en el mandato se puede requerir en otras instancias jurisdiccionales que, contradictoriamente para AZTECA PERÚ, no eran competentes en un inicio para resolver esta controversia. Esto, a su vez, advierte la incongruencia que desde un inicio STATKRAFT señaló ante el OSIPTEL: si esta instancia se atribuye competencia para resolver la cuestión por sobre cualquier otra instancia, ¿cómo se explica que luego AZTECA PERÚ se dirija a otra instancia -que ellos decían no era competente para resolver esta cuestión- para solicitar reembolsos en el marco de la relación de compartición modificada por el OSIPTEL?

STATKRAFT manifiesta que en el supuesto negado que se emita un mandato y AZTECA PERÚ también recurra a la justicia arbitral para declarar la nulidad de la cláusula de contraprestación y reclamar el reembolso del pago supuestamente en exceso, puede darse el caso que el tribunal arbitral declare infundada la demanda y, por tanto, el Contrato sea completamente válido. En consecuencia, se tendría un contrato válido que ha sido modificado por supuestamente ser inválido a consideración del OSIPTEL. Señala que estas son las incongruencias que el abuso del poder por parte del OSIPTEL ocasionará en complicidad con los reclamos de AZTECA PERÚ.

3.4.5 Sobre la posición del MTC.

STATKRAFT rechaza completamente lo expresado sobre la presentación del Oficio N° 579-2017-MTC/26, de fecha 8 de setiembre de 2017 emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones. De tal manera, cita lo expresado por AZTECA PERÚ:

5.2. "Claramente, lo alegado por **STATKRAFT evidenciaría cierta desesperación en su defensa, en la que trata a toda costa de desconocer que para la autoridad el valor del denominador "Na" es igual a tres (3)**, contrariamente a lo que hasta ahora erradamente sostienen (valor igual al número efectivo de arrendatarios) Así pues, **STATKRAFT pretende tergiversar información y confundir al Consejo Directivo señalando que el MTC se ha pronunciado de forma distinta, indicado que el valor del indicador "Na" es igual a uno (1)**; sin embargo, es claro que la comunicación del Viceministerio de Comunicaciones -omitida estratégicamente por la contraparte en su



escrito de reconsideración- tiene como finalidad aclarar las dudas de las empresas eléctricas en cuenta a la aplicación del referido denominador.”
(Énfasis agregado por STATKRAFT)

Sobre el particular, STATKRAFT manifiesta que el Oficio N° 579-2017-MTC/26, ha sido emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, órgano competente para emitir pronunciamientos a nombre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En consecuencia, solicitan a AZTECA PERÚ que explique qué información ha sido tergiversada por STATKRAFT.

De otro lado, les sorprende que AZTECA PERÚ pretenda desconocer la validez del Oficio N° 579-2017-MTC/26, al argumentar una supuesta primacía del Oficio N° 520-2017-MTC/03. Ambos oficios han sido emitidos por órganos internos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y, por tanto, ambos expresan la posición de dicho Ministerio sobre la misma materia. STATKRAFT señala que el Oficio contiene la posición inicial y coincidente con todo el periodo durante el cual ambas partes mantuvieron la relación de compartición sin controversia alguna. Les llama la atención que hacia octubre de 2017, cuando los procedimientos de mandato de compartición recién iniciaron en muchos casos, la posición fue variada. Recuerda, además, que no sólo el MTC y sus órganos han emitido oficios en ese sentido, sino que el mismo AZTECA PERÚ se dirigió a dicha cartera solicitando que se variara el valor de “Na” pues hasta ese entonces el “valor de dicha variable “Na” era de 1, y así había sido incluida en todos sus contratos de compartición”.

En ese sentido, considera que el argumento de AZTECA PERÚ de la supuesta primacía del Oficio N° 520-2017-MTC/03, solo demostraría que el factor “Na” igual a 3, es producto de una variación arbitraria en la interpretación de la norma por parte del MTC.

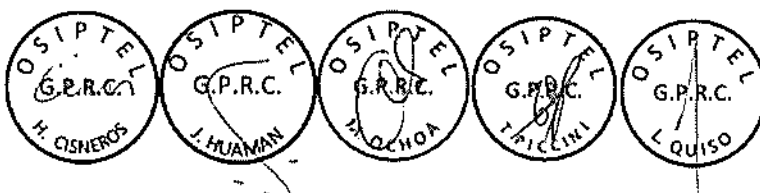
3.4.6 Sobre la complementariedad de las Leyes N° 28295 y 29904.

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ afirma lo siguiente sobre la aplicación de las Leyes N° 28295 y 29904:

6.4. Es, pues, evidente, que STATKRAFT pretende plantear un falso dilema: no es cierto que se tenga que separar o distinguir un régimen del otro (la Ley N° 28295 de la Ley N° 29904). Ambos regímenes protegen a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final, por tratarse de sistemas que garantizan el acceso a infraestructura para evitar que el titular de ésta imponga barreras económicas a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, afectando así a los usuarios finales e impidiendo, en este caso, que se cumpla la política pública y el interés nacional de que todos los peruanos accedamos a los beneficios de la banda ancha.”

(Énfasis agregado por STATKRAFT)

Señala que conforme a lo argumentado por AZTECA PERÚ, deben sostener que no tiene ningún sustento jurídico la intención de aplicar indistintamente ambos regímenes



de compartición. Señalan que, ambos regímenes están aprobados por dos leyes distintas, pues era voluntad del legislador la creación de dos regímenes distintos para la imposición de mandatos de compartición. Considera que, AZTECA PERÚ puede interpretar que las normas buscan intereses públicos similares, pues es obvio que ambas normas responden al mismo sector. Sin embargo, ambas normas crean regímenes distintos y la relación entre ambas es únicamente de especialidad, por lo que la norma especial en las relaciones de compartición en materia de red dorsal y fibra óptica es únicamente la Ley N° 29904.

En consecuencia, STATKRAFT señala que no plantea un falso dilema, pues se entiende claramente que la Ley N° 28295 y 29904 son normas distintas y por criterio de especialidad, únicamente debe ser aplicada al presente caso la Ley N° 29904. Precisan que, es AZTECA PERÚ la que plantea una incorrecta aplicación de dichas normas, pues no existe sustento legal alguno para asumir que son complementarias.

3.4.7 Sobre el valor a tres (3) según la Ley de Banda Ancha y su reglamento.

STATKRAFT señala que rechaza totalmente lo indicado por AZTECA PERÚ al pretender argumentar que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento ya indicaban que el factor Na sería igual a 3. En ese sentido, sólo precisan que en caso fuera tan evidente como lo sostiene AZTECA PERÚ, solo demostraría que esta no tuvo ni la más mínima diligencia de revisar las normas por las cuales se estaba celebrando el Contrato.

En virtud de ello, considera que AZTECA PERÚ pretende argumentar que el valor tres (3) para el factor Na era muy evidente conforme a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, pero a pesar de supuestamente ser tan evidente AZTECA PERÚ no lo tomó en cuenta al negociar el Contrato ni los otros tantos que suscribió con otros titulares de infraestructura eléctrica.

Conforme a lo expuesto, STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ vuelve a caer en contradicción en sus afirmaciones, pues ahora no puede argumentar que sus denominados "errores" han sido producto de un desconocimiento de la normativa que facilita el desarrollo de su propio proyecto.

3.5 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

3.5.1 Respecto de que no resultarían aplicables al presente caso las disposiciones de la Ley N° 28295 ni de ningún otro régimen de acceso y uso de infraestructura distinto al recogido por la Ley N° 29904.

STATKRAFT solicita la anulación de la Resolución Impugnada debido a la supuesta aplicación de la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto en el cual la única norma aplicable es la Ley N° 29904. Hace referencias a párrafos del numeral 7.2.3.3 del Informe N° 00096-GPRC/2018 –en el que se sustenta el Mandato de Compartición-, en



el que se desarrolla el alcance del acceso y uso compartido de infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904, del cual deriva que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es aplicable no sólo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones.

Al respecto, se ratifica lo señalado en el referido numeral 7.2.3.3 del Informe N° 00096-GPRC/2018, siendo correcta la base legal que ahí se indica como sustento de la posición del OSIPTEL, esto es, el artículo 13 de la Ley N° 29904, y los artículos 3.1 (definiciones de "Operadores de Telecomunicaciones" y "Operador Dorsal") y 25 de su Reglamento.

Complementariamente, se debe señalar que la Ley N° 29904 declara en su artículo 3 (numeral ii) de necesidad pública e interés nacional "El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil". [subrayado agregado]

En ese sentido, las redes de telecomunicaciones que pueden ser desplegadas en la infraestructura eléctrica bajo el marco de la Ley N° 29904, son aquellas necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil. A estos efectos, debe tenerse presente que Banda Ancha, para el ámbito de la Ley N° 29904, tiene la siguiente definición¹²: "conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales."

En ese sentido, la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha dispuesta por la Ley N° 29904, no se encuentra restringida a las redes que reciban financiamiento del Estado, sino que se refiere a cualquier red que permita la provisión de Banda Ancha, fija o móvil.

Cabe mencionar que el Consejo Directivo del OSIPTEL ha sostenido lo señalado en mandatos anteriores a los del presente procedimiento, como el solicitado por el operador de telecomunicaciones Americatel Perú S.A. con el concesionario eléctrico Electro Sur Este S.A.A., aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2017-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de marzo de 2017. Es oportuno señalar que el operador de telecomunicaciones antes referido, pertenece a un

¹² Cfr. con el artículo 4 de la Ley N° 29904.



grupo económico que en el Perú desarrolla proyectos de telecomunicaciones que emplean redes de Banda Ancha sin contar con financiamiento público¹³.

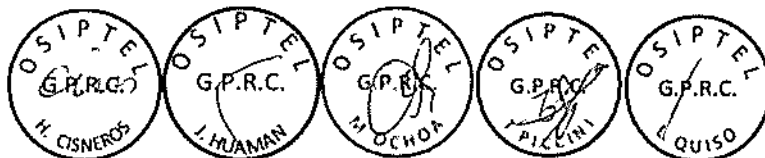
De otro lado, STATKRAFT menciona que *“no puede extenderse la aplicación de la Ley N° 29904 a cualquier servicio público de telecomunicaciones como lo serían por ejemplo los servicios finales de telecomunicaciones, no sólo por un criterio de especialidad en la aplicación de la Ley N° 29904 sino por las diferentes características técnicas en la prestación de estos servicios públicos”*. Al respecto, se reitera y aclara que la Ley N° 29904 no se refiere a *“cualquier servicio público de telecomunicaciones”*, sino a los que empleen redes que permitan la provisión de servicios de Banda Ancha, conforme al marco legal y reglamentario antes indicado.

Asimismo, se precisa que la Ley N° 28295 y el Decreto Legislativo N° 1019 – mencionados por STATKRAFT en su recurso de reconsideración- son normas que regulan supuestos específicos de compartición obligatoria de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, como también lo hace la Ley N° 29904. Ahora bien, el derecho de acceso y uso de los operadores de telecomunicaciones que despliegan redes de Banda Ancha respecto de la infraestructura eléctrica, ha sido analizado en el numeral 7.2.3.3 del Informe N° 00096-GPRC/2018 y en párrafos precedentes de manera específica y exclusivamente bajo la luz de las disposiciones citadas de la Ley N° 29904; por lo cual, carece de fundamento y debe ser desestimado el comentario de STATKRAFT que indica que se estaría realizando una incorrecta aplicación de la Ley N° 28295 a supuestos de hecho regulados por la Ley N° 29904 o a la inversa.

Finalmente, la solicitud de STATKRAFT para que el OSIPTEL se pronuncie en este procedimiento respecto a que los operadores de telecomunicaciones –distintos de AZTECA PERÚ- no pueden solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con STATKRAFT y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904; se debe señalar que dicha solicitud no corresponde al ámbito del presente procedimiento, que se encuentra acotado específicamente a la solicitud de AZTECA PERÚ dirigida a STATKRAFT en fecha 18 de agosto de 2017, para modificar las condiciones económicas de su relación de compartición creada mediante el Contrato, solicitud que derivó en el presente procedimiento de mandato ante la falta de acuerdo entre las partes. Cualquier otra solicitud, será analizada en la oportunidad y procedimiento que corresponda conforme al marco normativo aplicable.

Se reitera además que la actuación del OSIPTEL cumple con el principio de legalidad, como se observa del marco legal que respalda su posición y que, pese a haber sido claramente expuesto en el numeral 7.2.3.3 del Informe N° 00096-GPRC/2018, no ha

¹³ Sobre el grupo económico al cual pertenece el operador de telecomunicaciones, ver información publicada en el siguiente enlace: <https://www.americatel.com.pe/informacion/qui%C3%A9nes-somos.html>



recibido comentario específico alguno por parte de STATKRAFT, quien se ha limitado a señalar que el OSIPTEL estaría en un “error” o que su criterio sería “inaceptable” sin indicar base legal alguna que respalde sus alegaciones.

En consecuencia, en la emisión del Mandato de Compartición no se ha vulnerado el principio de Legalidad al analizar el alcance de la Ley N° 29904 ni incurrido en causal que determine su anulación, como lo ha solicitado STATKRAFT, por lo que sus argumentos deben ser desestimados.

3.5.2 Respetto de que sería improcedente dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato previamente celebrado con AZTECA PERÚ y que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso.

STATKRAFT señala que el OSIPTEL, a lo largo del Informe N° 00096-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición ha omitido analizar que el artículo 62 de la Constitución señala que el contrato no puede ser modificado ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, como los eventuales mandatos que dicte el OSIPTEL, y que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Indica que solo habría argumentado que la libertad contractual se sujeta también a los límites que señala el régimen económico de la Constitución, entre ellos la legalidad.

Al respecto, se debe aclarar que en el citado Informe N° 00096-GPRC/2018, el artículo 62 de la Constitución y su aplicación en el presente procedimiento, han sido ampliamente analizados en el acápite 7.2.5.2, de manera especial entre las páginas 27 a la 33, y también complementariamente entre las páginas 34 a 38, a las cuales nos remitimos y reiteramos respecto de lo señalado en el recurso de reconsideración. En el referido acápite, se analizan los comentarios presentados por la partes al Proyecto de Mandato y precisamente en esos comentarios es que STATKRAFT hizo referencia al artículo 62 de la Constitución, al cuestionar los fundamentos expuestos en el numeral 4.1 y 4.2.4.4 del Informe que sustentó el Proyecto de Mandato.

Cabe precisar que la serie de argumentos jurídicos y fácticos expuestos en el referido acápite 7.2.5.2 del Informe N° 00096-GPRC/2018, han sido cuestionados por STATKRAFT única y exclusivamente señalando que es falso que el Contrato no haya observado adecuadamente la Metodología, por cuanto las partes entendieron que el factor “Na” fue 1 para ambas partes. Sin embargo, STATKRAFT no se ha referido en absoluto al análisis contenido en el cuadro de la página 39-40 del Informe N° 00096-GPRC/2018, el cual se concluyó que aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de un arrendatario, las rentas mensuales generadas estaban en todos los casos muy por debajo de los precios acordados en el Contrato, situación que determinó para el OSIPTEL que no se generase convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.



A continuación se reitera el referido cuadro de análisis, que no ha merecido comentario alguno por parte de STATKRAFT más allá de la supuesta "falsedad" que alega sin sustento:

Cuadro N° 01

COMPARATIVO ENTRE LA RENTA MENSUAL APLICANDO LA FORMULA VIGENTE EN EL 2015 Y LA RENTA MENSUAL ESTABLECIDA EN EL CONTRATO

N°	CÓDIGOS DE MÓDULOS ESTÁNDAR REPORTADOS	TIPO DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RENTA MENSUAL CON FORMULA DEL 2015 (Por un arrendatario, US\$ sin IGV)	RENTA MENSUAL DEL CONTRATO (Por un arrendatario, US\$ sin IGV)
1	LT-060SIR1TAS1C1120A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	4,53	14,37
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	6,88	14,37
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	9,37	14,37
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	12,00	14,37
2	LT-220SIR0TAS1C1500A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	9,33	46,33
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	14,17	46,33
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	19,31	46,33
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	24,74	46,33
3	LT-138SIR2TAS1C2315A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	7,57	18,40
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	11,50	18,40
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	15,66	22,53
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	20,07	22,53
4	LT-060SIR1TAS1C1240A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	5,23	14,37
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	7,95	14,37
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	10,83	14,37

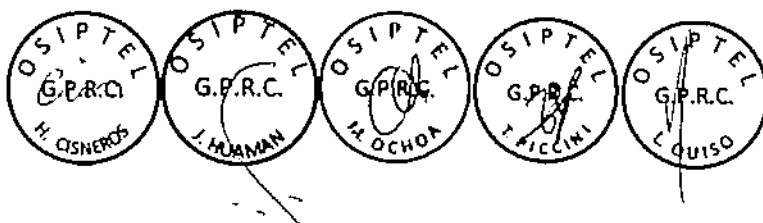


N°	CÓDIGOS DE MÓDULOS ESTÁNDAR REPORTADOS	TIPO DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RENTA MENSUAL CON FORMULA DEL 2015 (Por un arrendatario, US\$ sin IGV)	RENTA MENSUAL DEL CONTRATO (Por un arrendatario, US\$ sin IGV)
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	13,88	14,37
5	LT-060SIR2TAS1C2250A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	5,95	14,37
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	9,05	14,37
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	12,32	14,37
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	15,79	14,37
6	LT-060SIR1TAS1C2250A	Torre de suspensión tipo S1 (5°)	5,57	14,37
		Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)	8,47	14,37
		Torre de ángulo mayor tipo B1 (65°)	11,53	14,37
		Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1	14,78	14,37

Sobre la base de una supuesta –y no sustentada- falsedad que atribuye al OSIPTEL, STATKRAFT concluye que se ha incumplido con motivar el Mandato de Compartición conforme al ordenamiento jurídico y que se ha contravenido su derecho constitucional al debido procedimiento. En ese sentido, el argumento en mención se deriva - considerando una actuación de buena fe de STATKRAFT- de una falta de entendimiento o una lectura distraída del acápite 7.2.5.2 del Informe N° 00096-GPRC/2018 y de lo señalado en las páginas 39-40 al analizar los valores de los precios pactados en el Contrato. Por ello, ante la falta de sustento de los argumentos de STATKRAFT, éstos deben ser desestimados.

Por otro lado, STATKRAFT hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (en adelante, DGRAIC-MTC), donde se señala que el valor de “Na” es igual a “1” y, por ende, el OSIPTEL como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC.

Al respecto, se debe precisar, en primer lugar, que lo mencionado por la DGRAIC-MTC en su Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, respecto del supuesto valor que debe asumir la variable “Na” de la Metodología; difiere de la posición expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la RVM N° 768.



En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017 -presentado por AZTECA PERÚ con su solicitud de mandato-, se observa que el Viceministerio de Comunicaciones indicó lo siguiente respecto del valor del parámetro "Na":

"(...)

Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3^a independientemente del número de arrendatarios efectivos.

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

Cabe señalar que, del análisis de la Metodología efectuado por el OSIPTEL -que, complementando lo señalado en el Mandato de Participación, se detallará en párrafos subsiguientes-, la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26 es inconsistente con la Metodología, lo que no sucede con la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro "Na" de la Metodología deba asumir el valor del "número de arrendatarios efectivo" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Ahora bien, es preciso enfatizar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la participación obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica, incluso si ello implicara adoptar un criterio que difiriera del de la DGRAIC-MTC, por cuanto debe ejercer el encargo legal antes señalado conforme al marco normativo aplicable. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato se ha analizado los fundamentos de la Metodología como aspecto necesario para dictar el Mandato de Participación en los términos indicados en el Informe N° 00096-GPRC/2018, según se detallará en párrafos subsiguientes.

De otro lado, considerando que STATKRAFT, por el contenido de su recurso de reconsideración, no habría entendido lo señalado en los acápites 7.1, 7.2.3.4 y 7.2.5.2 del Informe N° 00096-GPRC/2018, se le explica que la mención al artículo 1351 del Código Civil es en cuanto éste define el concepto legal de "contrato" y este concepto es exactamente el mismo que se emplea en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 y en el presente procedimiento. En el transcurso de este procedimiento, STATKRAFT ha pretendido querer entender que un contrato es algo distinto de lo que la ley establece que es, no pudiendo modificar, regular ni extinguir relaciones jurídicas de participación de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904 y que, ante la falta de acuerdo para celebrar un contrato, la parte respectiva no tiene el derecho de solicitar la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato como lo dispone el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904; sin embargo, las razones por las cuales el OSIPTEL



no acoge el errado entendimiento de STATKRAFT, han sido analizadas a detalle en el precitado Informe N° 00096-GPRC/2018, al cual nos remitimos.

Se reitera también que los argumentos expuestos por STATKRAFT en su recurso de reconsideración respecto de la improcedencia de dictar un mandato cuando existe un contrato y que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso, son similares a los argumentos presentados al comentar el Proyecto de Mandato y que fueron detalladamente analizados en el acápite 7.2.5.2 del Informe N° 00096-GPRC/2018. En tanto los fundamentos fácticos y jurídicos del referido acápite no han sido cuestionados por STATKRAFT de manera puntual, se reiteran en todos sus extremos en respuesta a lo señalado en los extremos bajo análisis del recurso de reconsideración.

En consecuencia, del análisis de los extremos del recurso de reconsideración antes mencionados, queda descartado que el Mandato de Compartición vulnere de algún modo a los principios de Legalidad, Debido Procedimiento o cualquier otra norma que determine su revocatoria, por lo que el citado recurso debe ser desestimado.

De otro lado, STATKRAFT sostiene en su Escrito recibido con fecha 05 de junio de 2018 que *"jamás y bajo ninguna circunstancia, [el Contrato] deberá ser librado a la modificación de un tercero como el OSIPTEL"* y que *"en el presente caso, al existir un Contrato ya celebrado, el OSIPTEL carece de competencia para modificar dicho acuerdo"*. Al respecto, se reitera lo señalado en los acápites 7.1, 7.2.3.4 y 7.2.5.2 del Informe N° 00096-GPRC/2018, en donde se indica la base jurídica que habilita la intervención del OSIPTEL para modificar las relaciones de compartición de infraestructura creadas mediante un contrato sujeto a la Ley N° 29904, base jurídica que STATKRAFT ha persistido en obviar al presentar su posición y comentarios en el presente procedimiento.

En específico, STATKRAFT insiste en sostener su equivocada interpretación del artículo 62 de la Constitución, no obstante que el OSIPTEL ha explicado con detalle en el precitado Informe N° 00096-GPRC/2018, que dicho artículo ha sido desarrollado legislativamente y ponderado por el Congreso de la República para que su aplicación sea coherente con los artículos 58 y 119 de la Constitución (v.g. actuación del Estado en materia de servicios públicos), en particular, en el ámbito de la compartición de infraestructura eléctrica para la masificación de las redes y servicios de Banda Ancha. Esta materia se encuentra sujeta a normativa especial como es el caso de la Ley N° 29904, que claramente se sustenta en los fines de interés general declarados en sus artículos 1, 2 y 3. No obstante, STATKRAFT viene reiterando sus cuestionamientos sin hacer mención alguna a los fundamentos expuestos por el regulador; por lo cual, no corresponde realizar mayores comentarios y nos remitimos a lo señalado anteriormente.

Se reitera también que el Mandato de Compartición se encuentra referido de manera específica a la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a STATKRAFT en agosto de 2017, para adecuar las contraprestaciones periódicas del Contrato, al precio máximo



resultante de la aplicación de la metodología prevista en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904. Por consiguiente, se reitera que las consideraciones bajo las cuales las partes obraron al crear su relación de compartición en julio de 2015, y si éstas actuaron con desconocimiento, bajo error, negligencia, buena o mala fe, u otras consideraciones, no han sido materia del pronunciamiento contenido en el Mandato de Compartición; correspondiendo que ello sea determinado en los procedimientos regulados por el marco jurídico aplicable, en los que, en su caso, las partes podrán requerir a la autoridad respectiva la aplicación de los remedios que estimen pertinentes respecto de las condiciones que rigieron la relación de compartición hasta su modificación mediante el Mandato de Compartición.

Finalmente, considerando que STATKRAFT manifiesta que en el supuesto que existiendo un mandato y AZTECA PERÚ también recurra a la justicia arbitral para declarar la nulidad de la cláusula de contraprestación y reclamar el reembolso del pago supuestamente en exceso, puede darse el caso que el tribunal arbitral declare que el Contrato sea válido pero aun así habría sido modificado por supuestamente ser inválido a consideración del OSIPTEL; se debe señalar que el Mandato de Compartición no ha declarado la invalidez del Contrato por no ser ello materia del presente procedimiento, el cual ha sido tramitado conforme a un marco jurídico determinado y expuesto a detalle para el conocimiento de STATKRAFT, siendo un marco del cual no ha formado parte ningún pronunciamiento jurisdiccional que limitase o restringiese el ejercicio de las atribuciones legales ejercidas por este Organismo Regulador al emitir el referido Mandato.

3.5.3 Respecto de que el OSIPTEL carecería de competencia para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

STATKRAFT manifiesta que carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que en el Mandato de Compartición se haya modificado dicha variable cuando un Decreto Supremo fija 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".

En primer término, se debe aclarar que en el Mandato de Compartición no se "modifica" la variable "Na"; en modo distinto, y tal como se observa en el Informe N° 00096-GPRC/2018, al aplicar la Metodología respecto de la infraestructura eléctrica de STATKRAFT para la relación de compartición que mantiene con AZTECA PERÚ, del análisis realizado se concluye que el valor del referido parámetro debe ser igual a tres (3) para mantener la consistencia de dicha Metodología y remunerar de manera exacta los sobrecostos (además del margen de utilidad razonable) que se generan en dicha infraestructura con la operación de un (1) cable de comunicaciones.



La referida posición ha sido detallada en los acápites 7.3.3 y 7.3.5 del Informe N° 00096-GPRC/2018, a los cuales nos remitimos para absolver los argumentos expuestos por STATKRAFT en su recurso de reconsideración. Asimismo, de manera complementaria, considerando que en dicho recurso se hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 de la DGRAIC-MTC, que señala que el valor del parámetro "Na" corresponde al "número efectivo de arrendatarios", resulta pertinente señalar lo siguiente.

En los proyectos normativos que precedieron a la RVM N° 768, el MTC planteó: (a) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (febrero 2017), un valor de "f" = 5,8%, y (b) en el proyecto publicado por la antes citada Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 (julio del 2017), un valor de "f" = 6,1%. En ambos casos, la construcción metodológica consideró para el cálculo de la variable "f" = 6.1%, la instalación de un (1) único cable de comunicaciones.

En efecto, en la página 9 del Informe N° 256-2017-MTC/26, publicado en su integridad en la página web del MTC¹⁴, que sustentó la propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, textualmente indicó lo siguiente:

"(...)

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]

Sin embargo, las propuestas normativas publicadas tanto por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 como por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, difieren metodológicamente del dimensionamiento considerado en la RVM N° 768, que finalmente aprobó el valor de "f" = 18,3% considerando tres (3) cables de comunicación. Lo señalado se muestra en el siguiente esquema:

¹⁴ Documento publicado en el siguiente enlace:

http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM_698_2017_MTC_03.pdf.

Fecha de revisión: 07 de junio de 2018.

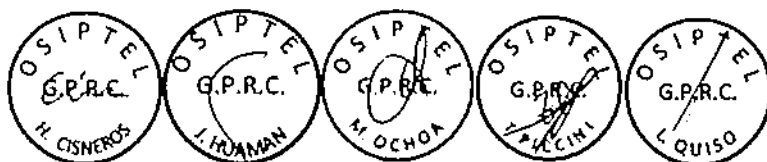


**Cuadro N° 02
COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO "F"**

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 154-2017-MTC/03)	PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 258-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698- 2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de "F" = 5,8% (para media y alta)	Valor de "F" = 6,1% (para media y alta)	Valor de "F" = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado del ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

Como se observa del referido esquema, el MTC publicó para comentarios: (i) en febrero de 2017, un valor del parámetro "F" = 5,8% dimensionado respecto de la instalación de un cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, y (ii) en julio de 2017, un valor del parámetro "F" = 6,1%, dimensionado también sobre la instalación de un cable de comunicación. Sin embargo, la RVM N° 768 fijó el parámetro "F" = 18,3%, considerando una única variación metodológica, referida ésta al número de cables empleado para el dimensionamiento del costo total de compartición, pero manteniendo los demás criterios metodológicos considerados en los dos proyectos previos, es decir, el peso promedio por cable de fibra óptica, el peso promedio por línea de transmisión y el ratio entre ambos pesos.

En ese sentido, la Metodología en vigor, fija el parámetro "F" = 18,3% considerando la instalación de tres (3) cables de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico y el incremento porcentual de los costos que se generan para el titular de dicha infraestructura al instalar en ésta los tres (3) cables antes indicados. Por consiguiente, si un arrendatario solo tiene 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%. En esa línea, a continuación se muestran los valores de retribución mensual que corresponderían a cada valor del parámetro "F", para cada uno de los tres momentos referidos anteriormente:

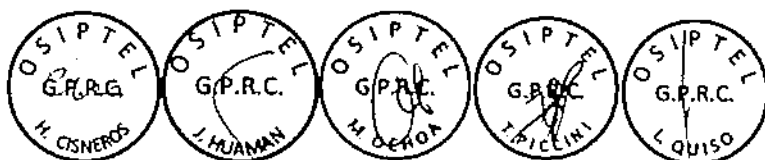


**Cuadro N° 03
COMPARATIVO DE LOS VALORES DE RETRIBUCIÓN MENSUAL**

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN				NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN	
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017-MTC/03)		PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/28 que sustenta la Resolución N° 698-2017- MTC/03)		APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017-MTC/03)	
Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN		Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN		Costo total de compartición por la instalación de 03 CABLES DE COMUNICACIÓN	
VALOR DE "f" = 5,8% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 6,1% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 18,3% (para media y alta)	
"Na" = 1		"Na" = 1		"Na" = 3	
Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)	
TA060SIR1S1C1120S-6	4,00	TA060SIR1S1C1120S-6	4,20	TA060SIR1S1C1120S-6	4,20
TA060SIR1S1C1120S-3	4,50	TA060SIR1S1C1120S-3	4,80	TA060SIR1S1C1120S-3	4,80
TA060SIR1S1C1120S±0	5,10	TA060SIR1S1C1120S±0	5,40	TA060SIR1S1C1120S±0	5,40
TA060SIR1S1C1120S+3	5,80	TA060SIR1S1C1120S+3	5,90	TA060SIR1S1C1120S+3	5,90
TA060SIR1S1C1120S+6	6,20	TA060SIR1S1C1120S+6	6,50	TA060SIR1S1C1120S+6	6,50

Observando un horizonte temporal, se pueden identificar dos momentos claves. El primero, con la publicación para comentarios de los valores propuestos por el MTC para el parámetro "f" de 5,8% y 6,1% (publicados en febrero y julio de 2017, respectivamente), en cuyos casos, según el análisis efectuado por el OSIPTTEL corresponde considerar un valor del "Na" igual a uno (01). Un segundo momento, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro "f" de 18,3% (aprobado en agosto de 2017), en cuyo caso, según el análisis efectuado por el OSIPTTEL corresponde considerar un valor del "Na" igual a tres (03). Asimismo, no habiendo el MTC cambiado su metodología para estimar el valor del parámetro "f" más que en el dimensionamiento del número de cables (tal como se evidencia en el Cuadro N° 02), el costo de compartición que debe pagar un arrendatario no podría triplicarse en relación al último proyecto publicado para comentarios.

De esta manera, se puede evidenciar que el MTC a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03 cursado por el Viceministro de Comunicaciones (citado en párrafos precedentes), quien suscribe la modificatoria, es consistente con este segundo momento señalado, es decir, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro "f" = 18,3%, en el que el pronunciamiento del MTC es que corresponde

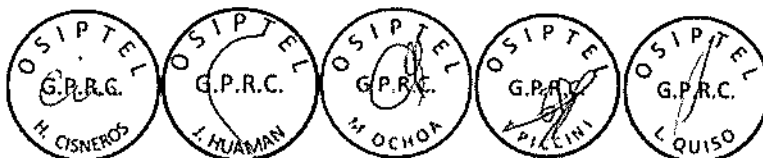


considerar un valor del "Na" igual a tres (03). Asimismo, se obtiene los mismos valores de retribución mensual, considerando tanto el valor del parámetro "f" señalado en el último proyecto para comentarios y dicho valor señalado en la norma aprobada, considerando la posición final del MTC y el análisis del OSIPTEL respecto del valor de la variable "Na".

En ese contexto, lo señalado por la DGRAIC-MTC en el Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 –presentado por STATKRAFT con su recurso de reconsideración-, que considera que el valor de "Na" corresponde al "*número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo*", es claramente inconsistente con el propio diseño metodológico considerado por el Viceministerio de Comunicaciones al aprobar la RVM N° 768.

En efecto, asumir la posición del citado Oficio N° 579-2017-MTC/26 implicaría avalar que un arrendatario que genera un sobrecosto OPEX del 6.1% al utilizar la infraestructura eléctrica para su cable de comunicación, no remunerare dicho sobrecosto sino el equivalente al triple del mismo (18.3%), considerando además la aclaración realizada por el MTC en el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustentó la RVM N° 768. Ello, contraviene de manera evidente la regla legal dispuesta en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904, de remuneración de "*la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable*", por cuanto en los hechos se remuneraría al concesionario eléctrico la operación y mantenimiento incremental (OPEX incremental) con un margen de utilidad que supera el doble de dichos costos, es decir, un margen de utilidad a todas luces irrazonable por cuanto duplica al costo de provisión de la facilidad, siendo además que no se tiene referencia alguna de márgenes de utilidad que se ubiquen en tales niveles en prestaciones sujetas a regulación económica. Ese resultado de la aplicación de la Metodología carece de sustento económico y debe ser descartado por contravenir la regla de remuneración de costos y margen de utilidad razonable de la Ley N° 29904 antes citada.

En esa línea, aceptar la posibilidad que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico sea constante como resultado de la aplicación de la Metodología, implicaría también aceptar que un arrendatario remunerare costos que no ha generado, es decir, que remunerare costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la Ley N° 29904, que tiene por finalidad promover la masificación de la Banda Ancha en el país, no avala en ninguna de sus disposiciones que los concesionarios eléctricos puedan obtener ingresos injustificados y que impliquen sobrecostos para los operadores de telecomunicaciones, que se trasladarán a los mercados finales encareciendo o limitando el acceso a la Banda Ancha, estando ello en contrasentido con la finalidad y objeto de la Ley N° 29904.

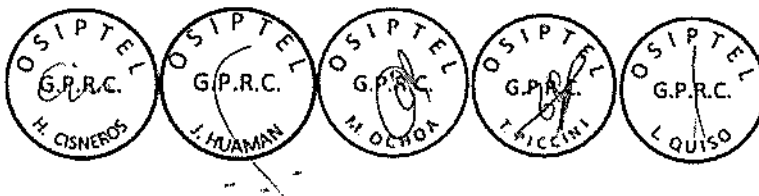


Cabe señalar, adicionalmente, que las inconsistencias con la Metodología que trae consigo la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26, no se observan en la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro "Na" de la Metodología deba asumir el valor del "número de arrendatarios efectivo" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Es preciso reiterar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato, se ha analizado las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la RVM N° 768 y sus respectivos proyectos publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03.

En ese sentido, por lo señalado en los acápites 7.3.3 y 7.3.5 del Informe N° 00096-GPRC/2018, así como en los párrafos precedentes del presente Informe, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación establecida en estricta observancia de la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como en este caso, a través de la emisión de un Mandato de Compartición, considerando las modificatorias a dicho Anexo 1 referida anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre STATKRAFT y AZTECA PERÚ. Asimismo, al momento de la firma del Contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), en salvaguarda el principio de No Discriminación respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

De otro lado, respecto de la referencia en el Informe N° 00096-GPRC/2018 (pág. 47) al artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, que establece que las retribuciones y costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular; se encuentra claramente precedida en el referido informe (pág. 46), por la precisión relativa a que: *"La aplicación de un valor de "Na" (cantidad de arrendatarios) igual a tres (03), está alineada con el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario, es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente*



procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos: (...) [subrayado agregado].

En ese sentido, en el mismo Informe N° 00096-GPRC/2018 se establece que el artículo 34 en mención no es de aplicación directa al presente procedimiento, pero permite apreciar los criterios de fijación de precios que remuneran costos económicos incrementales generados por cada arrendatario de infraestructura de uso público compartida, los cuales han sido considerados en el análisis realizado por el regulador como complemento del análisis de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904, detallada en párrafos precedentes y en los acápites 7.3.3 y 7.3.5 del Informe N° 00096-GPRC/2018.

En ese sentido, corresponde desestimar los cuestionamientos al Mandato de Compartición formulados por STATKRAFT en su recurso de reconsideración, sobre la base de los fundamentos antes expuestos.

3.3.4 Respecto a que aun en el negado caso que el OSIPTEL tuviera competencias para modificar el valor de “Na”, no está facultado a modificar otros extremos del Contrato ajenos al cálculo de la retribución pactada.

STATKRAFT rechaza que el Mandato de Compartición haya intervenido –ilegalmente a su parecer- en cláusulas del Contrato libremente pactadas como la fianza y que no involucraban al monto mensual de la retribución. Al respecto, se debe señalar que la fianza es una condición económica que, en las relaciones de compartición, debe estar acorde con la obligación legal de los operadores de telecomunicaciones de remunerar los costos incrementales que se generan en la infraestructura eléctrica con la operación de su respectivo cable de comunicaciones. El otorgamiento de la referida fianza implica para el operador de telecomunicaciones asumir costos que deben ser eficientes por cuanto impactan en sus costos de provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones; en caso contrario, se estarían generando ineficiencias y sobrecostos económicos no justificados que se trasladarán finalmente a las tarifas de servicios públicos que pagarán los usuarios, estando ello en contrasentido con el régimen de promoción de masificación de la Banda Ancha dispuesto por la Ley N° 29904.

En ese sentido, no resulta correcto lo señalado por STATKRAFT, respecto a que la fianza no involucra el monto mensual de la retribución, por cuanto es un costo del acceso y uso de la infraestructura compartida que ser asumido por el operador de telecomunicaciones, basado en la racionalidad económica de garantizar al concesionario eléctrico el pago de las retribuciones a las que se encuentra obligado por la propia Ley N° 29904.

En ese sentido, al determinar que la fianza sea el equivalente a un (1) mes de renta, el OSIPTEL ha considerado que los arrendadores de infraestructura de AZTECA PERÚ enfrentarían un menor riesgo de ocurrencia de falta de pago por capacidad financiera,

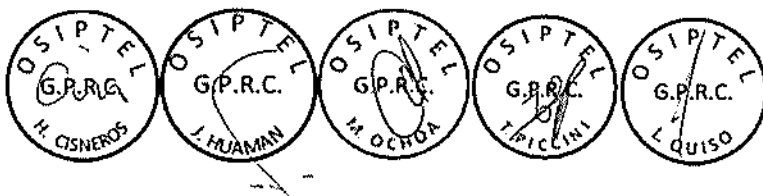


en comparación con el resto de relaciones de compartición (v.g. mandatos emitidos por el OSIPTEL entre concesionarios eléctricos y otros operadores de telecomunicaciones, o en el caso de la oferta básica de compartición del Proveedor Importante), en cuyos casos se ha considerado el valor de la carta fianza en un monto equivalente a tres (3) meses de retribución mensual. En efecto, AZTECA PERÚ como operador de la RDNFO, tiene asegurado un flujo de ingreso a lo largo de la vida útil del proyecto, lo que reduce el riesgo de ocurrencia de una falta de pago por capacidad financiera, en relación al resto de casos de arrendamiento de infraestructura.

En esa línea, es importante señalar que en todos los mandatos de compartición emitidos por el OSIPTEL, entre AZTECA PERÚ y un concesionario eléctrico, se ha establecido el valor de la carta fianza que AZTECA PERÚ debe otorgar en favor del concesionario eléctrico, en un monto equivalente a un (1) mes de retribución mensual. De esa forma, considerando el contexto de operación de AZTECA PERÚ, como parte de las condiciones del Mandato de Compartición emitido, se consideró que el valor de la carta fianza a ser otorgada a STATKRAFT para garantizar sus obligaciones económicas, sea un monto equivalente a una renta mensual. Dicho monto, no perjudica a STATKRAFT ya que corresponde, en estricto, a la deuda impaga, y no le genera costos innecesarios a AZTECA PERÚ más que los derivados de la habitual práctica comercial de emisión de garantías.

En efecto, según lo establecido en el Mandato de Compartición, el ciclo de facturación de la retribución periódica es mensual, por lo que ante la emisión de una factura y una potencial falta de pago de ésta, STATKRAFT tiene el derecho de ejecutar la garantía una vez que dicha deuda haya devenido en exigible, es decir, transcurrido el plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. De esta manera, STATKRAFT no vería afectado sus intereses ya que puede ejercer su derecho de ejecutar la citada garantía en el momento en que AZTECA PERÚ no cumpla con el pago por el correspondiente mes, ya que el monto de ésta garantiza eficazmente el valor de la retribución mensual establecida en el Mandato de Compartición emitido, a la vez que no generar costos innecesarios.

Adicionalmente, es necesario precisar que en el supuesto en que STATKRAFT ejecute la garantía por un determinado mes, AZTECA PERÚ tiene la obligación de reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución. El monto de la carta fianza ejecutada cubrirá el pago adeudado por dicho mes. Asimismo, se establece que esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de STATKRAFT debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. Es decir, que en el hipotético caso que AZTECA PERÚ incumpliera con el pago de la factura de algún mes, STATKRAFT estaría habilitada para ejecutar la carta fianza vigente, y ésta sería reemplazada en el plazo establecido, quedando así habilitada la carta fianza para un posible futuro incumplimiento de alguna factura mensual emitida.



En consecuencia, conforme a las reglas incluidas en el Mandato de Compartición, no se advierte justificación para requerir una carta fianza por un monto mayor al de un (1) mes de retribución mensual, por lo que se debe desestimar los cuestionamientos de STATKRAFT en este extremo de su recurso de reconsideración.

4. EVALUACIÓN Y ABSOLUCIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LA SOLICITUD DE LA ACLARACIÓN DE LA FECHA DE VIGENCIA DE LA CONTRAPRESTACIÓN.

4.1 Posición de AZTECA PERÚ.

4.1.1 Sobre el derecho de petición administrativa para solicitar la aclaración del pronunciamiento.

AZTECA PERÚ señala que el artículo 106 de la LPAG¹⁵ establece que cualquier administrado tiene la facultad de formular consultas a la autoridad, generándose una obligación para la Administración de dar una respuesta por escrito al administrado. En esa línea, el artículo 111 de la LPAG señala que *“el derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella emitida por la propia entidad”*. Indica que a nivel doctrinario, MORÓN URBINA indica que: *“La consulta instituye un procedimiento específico para la determinación cierta de un hecho donde la entidad fija su criterio sobre el tratamiento jurídico a un supuesto de hecho propuesto. En alguna medida, esta petición promueve la certeza administrativa, porque las contestaciones a las consultas facilitan a los administrados el conocimiento y entendimiento de las normas que les conciernan, al anticiparse cuál es la interpretación que la Administración considera aplicable y, por tanto, cuál será el tratamiento jurídico previsible para los hechos consultados”*¹⁶ (Subrayado y énfasis agregado por AZTECA PERÚ).

AZTECA PERÚ manifiesta que, de otro lado, el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a la LPAG, señala en su artículo 406 que, a través de un pedido de aclaración del pronunciamiento, se podrá aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la

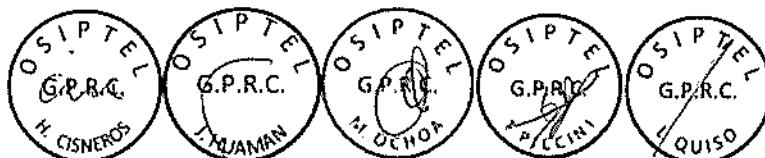
¹⁵ Artículo 115.- Derecho de petición administrativa

115.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

115.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado de realizar solicitudes en interés general y colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades pedir informaciones, de formular consultas y presentar solicitudes de gracia.

115.3. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

¹⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima Edición, 2014, Gaceta Jurídica, Lima. Página 420.



parte decisoria de la resolución o que incluya en ella. Asimismo, se debe tener en cuenta que la respuesta por parte de la autoridad del pedido de aclaración no alterará el contenido sustancial de la decisión¹⁷.

En tal sentido, considera que cuando estemos frente a un pronunciamiento de la autoridad que tenga un concepto oscuro o dudoso, en atención al derecho de petición administrativa, cualquier administrado podrá solicitar a la autoridad que precise los términos de su decisión. Ello, con la finalidad de que exista certeza sobre la decisión de la autoridad, sus efectos y vigencia.

4.1.2 Sobre la necesidad de precisión de la vigencia de la nueva contraprestación fijada en el mandato.

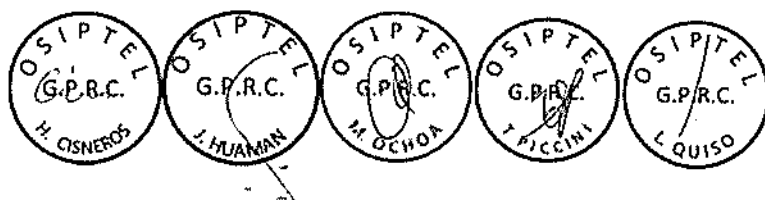
AZTECA PERÚ manifiesta que en respuesta a su solicitud de rectificación de error material, la Gerencia emitió el Informe 2, en el cual se señaló que, como consecuencia de la solicitud de incorporación de Inversiones Shaqsha S.A.C. (en adelante, INVERSIONES SHAQSHA) a uno de los procedimientos de mandato (Exp. 00008-2017-GPRC/MC) en lugar de STATKRAFT, se emitieron las Resoluciones de Consejo Directivo N° 076-2018-CD/OSIPTEL y N° 077-2018-CD/OSIPTEL (Mandato 1) en las que se hacía referencia a un contrato de compartición distinto al que había suscrito AZTECA PERÚ con STATKRAFT e INVERSIONES SHAQSHA, en cada caso. Es decir, en las mencionadas resoluciones no existía identidad entre los sujetos de las relaciones de compartición creadas por los contratos de compartición de infraestructura.

Por ello, en atención a la situación antes señalada, la Gerencia concluyó que no existe relevancia en los errores materiales detectados, puesto que no han impedido que las partes en el procedimiento puedan exponer en extenso todos sus argumentos de defensa. Ello, más aún, cuando la existencia de los errores materiales en la identificación del Contrato correspondiente a cada caso tampoco ha alterado el análisis de fondo, dado que la forma de cálculo de la contraprestación por uso compartido de infraestructura en aplicación de la Metodología establecida en el Anexo I del Reglamento no ha cambiado con la corrección de la referencia al Contrato que correspondía al caso entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT.

AZTECA PERÚ manifiesta que el Informe 2 expresamente señala que no se ha verificado la existencia de algún vicio de nulidad, por lo que no se justificaría la anulación de alguno de los actuados en el expediente. Por ello, únicamente indica que correspondería realizar las correcciones necesarias en los pronunciamientos, para asegurar la claridad en el alcance de los mandatos emitidos, como se observa a continuación:

¹⁷ **Artículo 406.- Aclaración**

El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún



Informe 2

"En ese sentido, dada la intranscendencia procedimental de los errores no se justifica anulación alguna de los actuados de cada expediente. Ello sin perjuicio de las correcciones que deben efectuarse en los mandatos emitidos, a efectos de asegurar que las decisiones normativas cuenten con el alcance debido para cada relación de compartición de infraestructura."

(Subrayado y énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

AZTECA PERÚ indica que, el Consejo Directivo aprobó el Mandato 2 sustentado en el Informe 2 para que rija la relación de compartición entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT, emitiendo un nuevo texto (Resolución e Informe de Gerencia) con la finalidad de contar con pronunciamientos que no tengan los errores materiales detectados en el Mandato 1 e Informe 1. De ese modo, decidió "dejar sin efecto" la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2018-CD/OSIPTEL (Mandato 1), como se puede advertir a continuación:

Mandato 2

"SE RESUELVE:

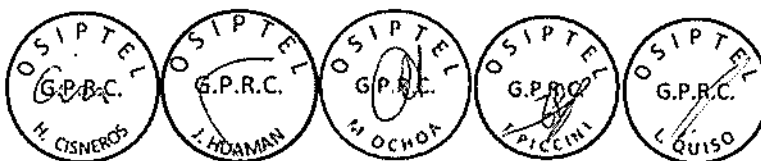
Artículo 1.- Dejar sin efecto la Resolución de Consejo Directivo No. 077-2018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Statkraft Perú S.A.C.

Artículo 2.- Aprobar el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente No. 00009-2017-CD-GPRC/MC, entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Statkraft Perú S.A.C. contenido en el Informe No. 00096GPRC/2018."

AZTECA PERÚ advierte que, si bien el pronunciamiento es claro en señalar que únicamente se ha realizado una rectificación de los errores materiales advertidos y que no corresponden declarar la nulidad de ningún acto emitido durante la tramitación del procedimiento, el Consejo Directivo ordena dejar sin efecto el Mandato 1 y aprueba el Mandato 2 sustentado en el Informe 2. En efecto, dicha situación puede resultar contradictoria dado que si se descartó expresamente la existencia de un vicio de nulidad, no sería posible dejar sin efecto un pronunciamiento sino que únicamente debería rectificarse el error material con la emisión de un nuevo pronunciamiento.

Por ello, señala que se presenta una situación en la que es necesario dejar constancia expresa de la entrada en vigencia de la nueva contraprestación fijada por el Consejo Directivo en el Mandato (misma remuneración en el Mandato 1 y 2). Ello, con la finalidad de que este aspecto no pueda generar una controversia posterior entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT respecto al momento desde el cual registrará en su relación de compartición el monto fijado como contraprestación por el uso compartido de infraestructura.

AZTECA PERÚ precisa que, en línea con la argumentación consignada en el Informe 2 que sustentó el Mandato 2, correspondería que el Consejo Directivo aclare que la nueva contraprestación fijada por el uso compartido de infraestructura entró en vigencia desde el día siguiente de la notificación del Mandato 1, en tanto el fondo de la controversia no ha sido modificado con la emisión del Mandato 2. Precisamente, la rectificación del error



material únicamente se ha realizado respecto del Contrato de Compartición que vincula a AZTECA PERÚ y STATKRAFT, sin que haya generado algún cambio en la aplicación de la Metodología del Reglamento para determinar la contraprestación, ni tampoco una modificación en los montos señalados como retribución mensual por arrendatario para para tipo de estructura de soporte eléctrico.

En consecuencia, solicitan al Consejo Directivo que aclare que la nueva contraprestación por uso compartido de infraestructura establecida en el Mandato emitido rige desde 29 de marzo de 2018 (día siguiente a la notificación del Mandato 1), en la relación de compartición entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT. De ese modo, se señalaría de modo expreso la fecha desde la cual se encuentran vigentes los efectos de la decisión de fondo de Mandato, sin que ello se deje a interpretación de las partes, lo que podría generar una eventual controversia entre ellas.

4.2 Posición de STATKRAFT.

4.2.1 Actuación del OSIPTEL respecto al mandato emitido en la Resolución N° 077-2018-OSIPTEL/CD.

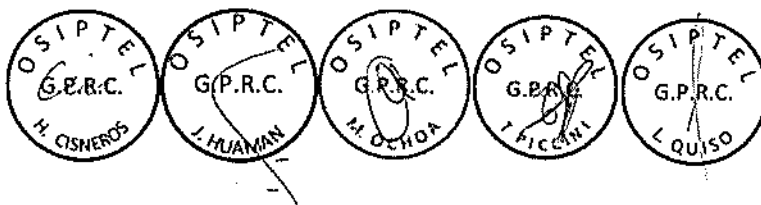
STATKRAFT señala que mediante Resolución N° 077-2018-OSIPTEL/ CD, notificada el 28 de marzo de 2018, el Consejo Directivo emitió el mandato de compartición a favor de AZTECA PERÚ mediante el cual modificó, ilegalmente a su parecer, el Contrato celebrado entre esa empresa y STATKRAFT.

Indica que conforme fue expresado con anterioridad, dicho mandato sufría de graves defectos en su parte considerativa al existir errores sobre la determinación de los sujetos del procedimiento y sobre los contratos que serían objeto de modificación por parte del OSIPTEL.

En virtud de ello, AZTECA PERÚ presentó una solicitud de rectificación de errores materiales y STATKRAFT absolvió el traslado de dicha solicitud, indicando que era necesario que el OSIPTEL declare la nulidad de oficio de dicha Resolución y, en consecuencia, proceda a emitir un nuevo mandato. El 20 de abril de 2018, se notificó a STATKRAFT la Resolución N° 098-2018-CD/OSIPTEL, mediante la cual se dictó el Segundo Mandato y se decidió lo siguiente respecto al Primer Mandato:

Artículo 1.- Dejar sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Statkraft Perú S.A.

STATKRAFT manifiesta que conforme el citado texto, el Consejo Directivo decidió dejar sin efectos jurídicos el Primer Mandato y volver a emitir un nuevo Mandato de Compartición. Queda claro el efecto de la decisión del OSIPTEL respecto al Primer Mandato. De tal manera, el Consejo Directivo ha sostenido lo siguiente:



*"En ese sentido, dada la intrascendencia procedimental de los errores, no se justifica anulación alguna de los actuados en cada expediente. Ello, sin perjuicio de las correcciones que deben efectuarse en los mandatos emitidos, a efectos de asegurar que las decisiones normativas cuenten con el alcance debido para cada relación de compartición de infraestructura."*¹⁸ (Resaltado de STATKRAFT).

A su parecer, es evidente que el Primer Mandato adolecía de vicios de nulidad, puesto que esos errores, que supuestamente eran intrascendentes para el OSIPTEL, hubieran dificultado que un órgano jurisdiccional tutele los derechos de STATKRAFT, ya que son errores tan importantes como la identificación de las partes y su relación jurídica sustantiva.

4.2.2 Sobre la naturaleza del mandato de compartición como acto administrativo.

STATKRAFT manifiesta que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo la corrección de errores materiales del Primer Mandato, en virtud a lo establecido en el artículo 210 del TUO de la LPAG, que establece lo siguiente:

Artículo 210.- Rectificación de errores

210.1 Los errores material o aritmético EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

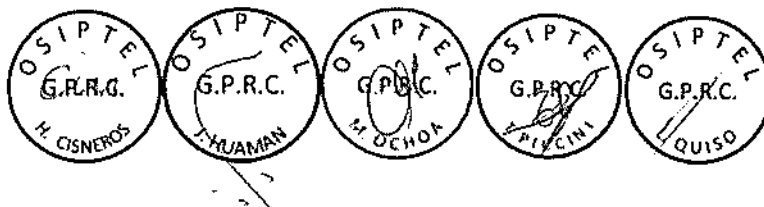
210.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original. (Resaltado de STATKRAFT)

Señala que conforme el citado artículo, AZTECA PERÚ solicita la rectificación del error material considerando al Primer Mandato como un acto administrativo. Sin embargo, el Consejo Directivo ha sostenido durante todo el procedimiento que el mandato es producto de su facultad normativa, conforme el siguiente texto citado del Informe N° 00096-GPRC / 2018:

*"No obstante, la referida función de solución de controversias no es la que corresponde ejercer al OSIPTEL en cumplimiento del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904. En efecto, los mandatos son una manifestación de la función normativa con la que cuenta el OSIPTEL en su condición de Organismo Regulador y sólo a través de dichos mandatos, ante la falta de acuerdo entre las partes y de manera subsidiaria, el OSIPTEL puede dictar reglas que, una vez vigente, las partes deben aplicar para su respectiva relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904."*¹⁹ (Resaltado de STATKRAFT).

¹⁸ Informe N° 0096-GPRC/2018, pág.15

¹⁹ Informe N° 00096-GPRC/2018, Pág. 25



Considera que queda claro que para el Consejo Directivo el mandato es una expresión de su función normativa, cuya naturaleza no corresponde a la de un acto administrativo. En consecuencia, a la luz de la argumentación desarrollada por el Consejo Directivo, el pedido de rectificación presentado por AZTECA PERÚ no era procedente.

Sin perjuicio de lo anterior, se reafirman en que los errores contenidos en el Primer Mandato ameritaban la nulidad de oficio establecida en el artículo 211 de la LPAG, la cual fue solicitada por STATKRAFT. Sin embargo, el Consejo Directivo incurrió en un error al considerar que no eran errores importantes, y al realizar un acto totalmente contradictorio a su primera afirmación, procedió a dejar sin efecto el Primer Mandato para emitir el Segundo Mandato.

STATKRAFT señala que el Consejo Directivo tiene que actuar respetando el Principio de Legalidad, establecido en el artículo IV²⁰ del Título Preliminar de la LPAG. De tal manera, en el supuesto negado que los errores incurridos por el Primer Mandato eran únicamente materiales, el Consejo Directivo debió solucionarlos emitiendo una resolución modificatoria del Primer Mandato y bajo ningún concepto emitir el Segundo Mandato, ello teniendo en consideración la figura de la corrección de errores materiales y distinguirla de la nulidad de oficio.

No obstante ello, el Consejo Directivo ha infringido el Principio de Legalidad una vez más al dejar sin efecto el Primer Mandato, sin indicar la base legal que da sustento a dicha acción. Este hecho es sumamente importante, pues en toda la LPAG no existe ninguna disposición que permita a la Administración dejar sin efecto un acto administrativo, siendo que la única forma de producir ese efecto es aplicando la figura de la nulidad de oficio establecida en el artículo 211 de la mencionada norma. Por tal motivo, la corrección de errores materiales establecida en la LPAG, nunca habilita a la administración a dejar sin efecto su acto administrativo, siendo que éste debe mantenerse vigente y ser objeto de modificación o corrección mediante otro instrumento público.

En consecuencia, STATKRAFT manifiesta que el Consejo Directivo actuó ilegalmente al dejar sin efecto el Primer Mandato en lugar de declarar su nulidad de oficio, pues no existe esa figura dentro de las competencias otorgadas en la LPAG.

Sin perjuicio de todo lo anterior, señala que la decisión de dejar sin efecto el Primer Mandato es legítima. De tal manera, estarían ante un supuesto en el que el Primer Mandato nunca desplegó efectos jurídicos y, por lo tanto, es un imposible jurídico lo

²⁰ **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.



solicitado por AZTECA PERÚ relativo a la entrada en vigencia del Segundo Mandato, pues el 28 de marzo de 2018 no existía un Mandato de Compartición válido que desplegara efectos.

Indica que es importante recordar que la nulidad del acto administrativo implica un vicio en el origen del mismo acto y, en consecuencia, carece de efectos para el ordenamiento jurídico vigente, pues la declaración de nulidad tiene efecto retroactivo, conforme el artículo 12 de la LPAG²¹. En efecto, dicho acto se considera inexistente para la modificación del Contrato de Compartición entre AZTECA PERÚ y STATKRAFT y, por tanto, no tiene asidero jurídico la solicitud de AZTECA PERÚ en el sentido que los efectos del Segundo Mandato se entiendan aplicables en una fecha en la que aún no existía un Mandato de Compartición vigente.

Asimismo, advierte que el Consejo Directivo no tiene competencia para determinar la fecha de entrada en vigencia o eficacia de un acto administrativo, pues el artículo 16° de la LPAG establece expresamente lo siguiente:

Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

(...)

Acorde lo anterior, considera que queda claro que el Segundo Mandato, como acto válido, tiene efectos desde su fecha de notificación, es decir, desde el 20 de abril de 2018. Cualquier otra fecha distinta deberá ser considerada como ilegal, pues contravendría directamente el citado artículo.

4.2.3 Sobre la naturaleza del mandato de compartición como norma (reglamento).

STATKRAFT manifiesta que en tanto se considere que el mandato es producto de la función normativa del Consejo Directivo, tal y como ha sido sostenido por éste órgano, se podrá considerar válida la acción del Consejo Directivo de dejar sin efecto el Primer Mandato, pues ese efecto responde a una derogación que es propia de las normas. El mencionado efecto es explicado por el propio Jorge Danos de la siguiente manera:

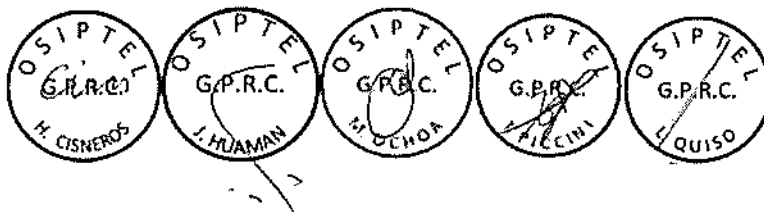
*"El titular de la potestad reglamentaria, puede derogar o dejar sin efecto los reglamentos, en tanto que constituyen normas legales, con entera libertad en cualquier momento, **PERO SIEMPRE CON EFICACIA HACIA EL FUTURO** (ex nunc).²²" (Resaltado de STATKRAFT)*

²¹ Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de **nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto**, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

(...) (Resaltado nuestro)

²² DANÓS, Jorge. El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf> Pág. 176. Revisado el 21 de mayo de 2018.



Indica que conforme el citado autor, el Consejo Directivo tiene toda la potestad de dejar sin efectos el Primer Mandato y reemplazarlo con el Segundo Mandato. Sin embargo, el Segundo Mandato no puede tener efectos retroactivos a la fecha de su publicación o, en este caso, notificación.

Precisa que la prohibición de retroactividad de los efectos del Segundo Mandato se condice con la naturaleza de norma jurídica sostenida por el Consejo Directivo, que prohíbe que se emitan normas presentes o futuras para sancionar hechos pasados. Esta prohibición se encuentra establecida para la función legislativa, conforme lo establece el artículo 103 de la Constitución cuya redacción es la siguiente:

"Artículo 103.- "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad."(Resaltado de STATKRAFT).

STATKRAFT manifiesta que conforme el citado texto, queda claro que las leyes como normas jurídicas en sentido lato, despliegan sus efectos desde su entrada en vigencia que corresponde al día siguiente de su fecha de publicación, conforme lo establecido en el artículo 109²³ de la Constitución. Asimismo, indica que esta prohibición de retroactividad es aplicable a las entidades que conforman el Poder Ejecutivo, siendo que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, establece lo siguiente:

"Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

(...)

3. Decretos Supremos.- *Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.*

Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

(...)"(Resaltado de STATKRAFT).

Conforme lo anterior, y siempre siguiendo la interpretación del Consejo Directivo, STATKRAFT manifiesta que éste tiene la facultad de emitir Mandatos en atención a su

²³ Artículo 109: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.



facultad normativa, siempre con efectos posteriores a su publicación o notificación. En consecuencia, la solicitud de AZTECA PERÚ adolece de ilegalidad manifiesta al pretender que un mandato cuya fecha de notificación ha sido 20 de abril de 2018, se aplique retroactivamente desde el 29 de marzo de 2018.

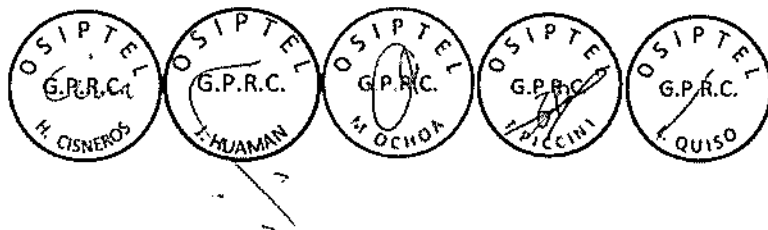
En consecuencia, STATKRAFT indica que en cualquier caso, la entrada en vigencia del Segundo Mandato corresponde al día siguiente de su notificación, ya sea que se considere el Mandato como una manifestación de la facultad normativa de OSIPTEL o un acto administrativo.

4.3 Posición del OSIPTEL respecto de la solicitud de aclaración formulada por AZTECA PERÚ

Al respecto, según se señaló en el acápite 7.4.3 del Informe N° 00096-GPRC/2018, los mandatos son decisiones que emite el OSIPTEL en ejercicio de su función normativa, conforme lo dispone el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332, así como el artículo 23 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos. Por consiguiente, el Mandato de Compartición sólo tiene efectos a partir su aprobación y comunicación a los interesados mediante su notificación y publicación respectiva.

Cabe indicar que, si bien el mandato aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 077-2018-CD/OSIPTEL de fecha 22 de marzo de 2018, tuvo efectos normativos hasta que éstos fueron cesados mediante la Resolución de Consejo Directivo que aprobó al Mandato de Compartición; dichos efectos conllevaron a la creación de obligaciones y derechos respecto de sujetos que no eran titulares de las respectivas relaciones de compartición de infraestructura, según se expuso en el acápite 6 del Informe N° 00096-GPRC/2018. Por ello, se hizo necesario dejar sin efectos la norma aprobada mediante la citada Resolución de Consejo Directivo N° 077-2018-CD/OSIPTEL y aprobar una nueva norma que estableciera las obligaciones y derechos que recayeran sobre los sujetos que sí correspondían.

De otro lado, se debe señalar que los mandatos no son actos administrativos como lo indica STATKRAFT, por cuanto, según se ha señalado, son decisiones que corresponden a la función normativa del Consejo Directivo del OSIPTEL y que se sujetan al marco normativo especial definido por las precitadas Ley N° 27332 y el Reglamento General del OSIPTEL. Por consiguiente corresponde desestimar los comentarios de STATKRAFT que se vinculan a su errado entendimiento del mandato como un supuesto acto administrativo.




5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

En atención a la evaluación realizada en el presente informe, se concluye lo siguiente:

- 5.1 Se recomienda declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración formulado por STATKRAFT y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el acápite 3.4 del presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.
- 5.2 Se absuelve la solicitud de aclaración formulada por AZTECA PERÚ señalando que la vigencia de la nueva contraprestación de la relación de compartición que mantiene con STATKRAFT, es a partir de la entrada en vigor del Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el acápite 4.3 del presente informe

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

