

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Chelsy Naomi Otero Chafalote

Asesor:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe versa sobre el análisis del expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI correspondiente a la reclamación interpuesta por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A, toda vez que pagó una contraprestación que excedió la máxima retribución por uso compartido de infraestructura al aplicarse erróneamente el valor “*número de arrendatarios*” establecido en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha. De esta manera, se identifican tres (3) problemas jurídicos principales que abordan los siguientes temas: i) la arbitrabilidad de la contraprestación establecida en un Contrato de Compartición, ii) el conflicto de la administración con la función jurisdiccional al tramitarse simultáneamente una acción contenciosa contra el Mandato de Compartición que había determinado el valor “*número de arrendatarios*” y iii) la posibilidad de determinar el valor “*número de arrendatarios*” por las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL, y las partes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición. A partir del análisis de los problemas mencionados, se llega a la conclusión de que la materia sobre la contraprestación no es arbitrable, en tanto constituye un tema relacionado a acceso y uso de infraestructura que es competencia exclusiva de OSIPTEL en virtud de su función de solución de controversias. Asimismo, se determina que no existe conflicto con la función jurisdiccional al no cumplirse los presupuestos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General y la diferenciación existente entre la función normativa y función de solución de controversias del OSIPTEL. Finalmente, se advierte que si era posible determinar el valor “*número de arrendatarios*” por las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL en virtud de la aplicación del principio de verdad material; sin embargo, no fue posible para las partes determinar correctamente dicho valor al momento de la suscripción del Contrato, en tanto no se podía colegir del marco normativo al cual estaban vinculadas.

Palabras clave

Telecomunicaciones - Procedimiento Administrativo Trilateral - Solución de Controversias - Arbitraje - Principio de verdad material

ABSTRACT

This report is about the legal file analysis for the file N° 0008-2018-CCO-ST/CI that corresponds to the reclamation interposed by Azteca Comunicaciones Perú S.A.C company against Enel Distribución Perú S.A.A, since it paid a consideration that exceeded the maximum retribution for a shared used of infrastructure by erroneously applying the value "number of tenants" established in the methodology in annex 1 of the Regulation of the Law N° 29904. In this way, 3 main legal problems are identified that address the following issues: i) the arbitration of the consideration established in a Infrastructure Sharing Agreement, ii) the conflict of the administration with the jurisdictional function when simultaneously processing a contentious action against the sharing mandate that had established the "number of tenants" value, and iii) the possibility of determining the value "number of tenants" by the OSIPTEL controversy solutions authorities, and the parties at the moment of the subscription of the Infrastructure Sharing Agreement. Based on the analysis of the aforementioned problems, it is concluded that the matter on the consideration is not arbitrable, as it constitutes an issue related to access and use of infrastructure that is the exclusive competence of OSIPTEL by virtue of its controversy solution function. Also, it is determined that there is no conflict with the jurisdictional function since the budgets established in the Law of General Administrative Procedure and the existing differentiation between the normative function and the dispute resolution function of OSIPTEL are not fulfilled. Finally, note that it was possible determining the value "number of tenants" by OSIPTEL controversy solution authorities in virtue of the Principal of Material Truth; nevertheless, it was not possible for the parties to correctly determine said value at the moment of the contract subscription, insofar as it could not be inferred from the regulatory framework to which they were linked.

Keywords

Telecommunications - Trilateral Administrative Procedure - Controversy Solution Function - Arbitration - Principal of Material Truth

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO:	5
I. INTRODUCCIÓN	1
1. Justificación de la elección del expediente	1
2. Presentación del caso y análisis	1
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	3
1. Antecedentes	3
2. Hechos relevantes del caso	4
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
1. Problema principal: ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral?	13
1.1. Problema secundario: ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición son arbitrables?	13
1.2. Problema secundario: ¿La decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral?	13
2. Problema principal: ¿Es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia?	13
2.1. Problema secundario: ¿Existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG?	13
2.2. Problema secundario: ¿Existe diferencia entre la función normativa, referida a la emisión de Mandatos de Compartición, y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su reglamento?	13
3. Problema principal: ¿Es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del denominador “Na” previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha?	13
3.1. Problema secundario: ¿Las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha?	13
3.2. Problema secundario: ¿Era obligatorio para las partes determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” a partir de los antecedentes no normativos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha al momento de la suscripción del Contrato de Compartición? . 14	
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	14
1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	16

1. Problema principal: ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral?	16
2. Problema principal: ¿Es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia?	28
3. Problema principal: ¿Es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del denominador “Na” previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha?	36
VI. CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS	46
ANEXO	50

PRINCIPALES DATOS DEL CASO:

N° EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
Áreas del Derecho	Arbitraje Derecho Administrativo Derecho de Telecomunicaciones
Resoluciones más importantes	Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL Resolución N°00026-2020- TSC/OSIPTEL
Denunciante	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
Denunciado	Enel Distribución Perú S.A.A.
Instancia administrativa	Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.

I. INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección del expediente

El presente expediente contiene materias vinculadas a arbitraje, derecho administrativo y derecho de telecomunicaciones que permiten problematizar tópicos interesantes y poco tratados por la doctrina y jurisprudencia peruana. Así, el caso permite discutir, entre otros, los siguientes temas: i) la arbitrabilidad de las discrepancias por la contraprestación de acceso y uso compartido de infraestructura entre una empresa de distribución de energía y una empresa de concesionaria de los servicios públicos de telecomunicaciones; ii) aspectos relacionados a la presentación de una excepción de convenio arbitral en un procedimiento administrativo trilateral; iii) la diferenciación entre la función de normativa, referida a la emisión de mandatos, y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura; iv) la aplicación del principio de verdad material y métodos de interpretación jurídica en sede administrativa para determinar el sentido de una norma regulatoria; y, v) la posibilidad de aplicar como eximente de responsabilidad administrativa el error inducido por disposición normativa confusa.

Asimismo, la elección del expediente tuvo como finalidad evaluar las interpretaciones diferentes que realizaron las dos instancias de solución de controversias del OSIPTEL respecto de una norma que no tenía claridad en su definición. Ello, supuso que ambas instancias construyeran una argumentación en base a la interpretación de diferentes antecedentes normativos y documentos legales.

Por otro lado, el expediente resulta complejo, toda vez que para el análisis jurídico corresponde tomar en cuenta que las partes constituyen dos agentes de sectores económicos diferentes que se presentan en controversia ante el OSIPTEL: una empresa de distribución de energía y una empresa concesionaria de los servicios públicos de telecomunicaciones.

2. Presentación del caso y análisis

La Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica” (en adelante, LBA), se publicó con la finalidad de impulsar el

desarrollo de la Banda Ancha en todo el territorio nacional (urbano y rural). Asimismo, dicha ley declaró 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 que facilitara el despliegue de redes de telecomunicaciones.

En dicho contexto normativo, se origina la relación de compartición entre la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA), empresa concesionaria del proyecto de la RDNFO, y la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – EDELNOR (ahora, Enel Distribución Perú S.A.A. “ENEL”), relación que se plasmó en un “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica” (en adelante, Contrato de Compartición), con la finalidad de que ENEL arriende sus estructuras eléctricas a AZTECA.

Durante la ejecución del Contrato de Compartición, nacieron discrepancias respecto de la interpretación de uno de los valores que establecía la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, RLBA), la cual permitía determinar la contraprestación periódica que AZTECA debía retribuir a ENEL. Ante ello, AZTECA solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL (en adelante, CD de OSIPTEL) la emisión de un Mandato de Compartición, a efectos de que se modifique la retribución mensual exigida por ENEL, el cual se emite con posterioridad.

Más adelante, AZTECA presenta una reclamación ante los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL (en adelante, CCO) solicitando se declare que la retribución exigida por ENEL excedía el máximo permitido por la norma, así como la respectiva devolución del monto pagado en exceso.

Bajo ese escenario, el **primer problema principal** analiza si las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral, en tanto ENEL cuestionó las competencias del OSIPTEL para resolver la controversia.

Por otro lado, se presenta como **segundo problema principal**, determinar si es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la materia, ya que ENEL indicaba que se estaría produciendo un conflicto con la función jurisdiccional.

Asimismo, se presenta como **tercer problema principal**, establecer si es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” previsto en el Anexo 1 del RLBA, tanto para las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL, como para las partes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.

Para el análisis de los problemas jurídicos planteados se ha utilizado principalmente normativa establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, normativa del sector telecomunicaciones como la LBA y su reglamento, y las normas que rigen al OSIPTEL. Asimismo, doctrina nacional e internacional sobre temas relacionados a la arbitrabilidad de temas en derecho administrativo, la naturaleza de los mandatos de compartición, aplicación de métodos de interpretación jurídica y aplicación de eximentes de responsabilidad administrativa. Para complementar, se analizaron informes y resoluciones administrativas de otros expedientes del OSIPTEL referidos a controversias similares a la expuesta.

Finalmente, el análisis de los problemas jurídicos, permite concluir que: i) las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición no pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral; ii) no es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades del OSIPTEL resuelvan la materia; y, iii) es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” previsto en el Anexo 1 del RLBA para las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL; sin embargo, no era posible para las partes al momento de la suscripción del Contrato.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

Con fecha 20 de julio de 2012, se emitió la LBA. Más adelante, el 4 de noviembre de 2013, se publicó el RLBA, el cual establecía en su Anexo 1 la *“Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”* (en adelante, la Metodología):

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

Imp : Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc : Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B : Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

B = 1 / Na

Donde Na: número de arrendatarios

im : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Con fecha 17 de junio de 2014, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, MTC) y AZTECA celebraron el Contrato de Concesión que permitiría iniciar el Proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Con fecha 9 de noviembre de 2015, AZTECA celebró con ENEL el Contrato de Compartición dentro del marco de la LBA y su reglamento. En el citado Contrato, las partes acordaron, entre otras, las condiciones de remuneración por la compartición de la infraestructura eléctrica de titularidad de ENEL a favor de AZTECA.

Mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, RVM 768), de fecha 5 de agosto de 2017, se modificaron los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología.

Con fecha 5 de octubre de 2017, AZTECA solicitó al CD del OSIPTEL la emisión del Mandato de Compartición, a efectos de que se modifique la contraprestación mensual exigida por ENEL, fijada inicialmente en el Contrato de Compartición.

Por Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL.

2. Hechos relevantes del caso

2.2. Reclamación de AZTECA

Con fecha 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL ante el CCO por disconformidades en la ejecución del Contrato de Compartición, específicamente, por una supuesta errónea aplicación del valor del denominador “Na” contenido en la fórmula de la Metodología. En ese sentido, AZTECA planteó como

pretensiones que se declaró que la retribución excedía lo máximo permitido por la Metodología y, por ende, se realice la respectiva devolución del monto pagado en exceso.

Asimismo, los principales argumentos de AZTECA fueron los siguientes:

- De acuerdo al RLBA, la contraprestación por el uso compartido de infraestructura no es un aspecto sobre el que las partes puedan pactar sin restricciones, sino que esta norma fija un precio máximo que limita el monto exigido como retribución y, a su vez, prevé que los valores de la Metodología puedan ser modificados. En tal sentido, las partes no pueden establecer un valor por encima del tope regulatorio y pactar que este monto no podrá modificarse por un plazo fijado contractualmente.
- Los valores de las variables “f” y “m” de la fórmula establecida en el RLBA fueron modificados por la RVM 768. La referida modificación se sustentó en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el cual desarrolló el razonamiento económico de dicha fórmula, evidenciando que el valor del denominador “Na” desde el inicio fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos.
- De esta manera, si la RVM 768 solo modificó los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología, el denominador “Na” mantiene el mismo valor desde la emisión del referido reglamento, por lo que AZTECA se percató que se encontraba realizando pagos por encima del precio máximo a favor de ENEL – hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición– excediendo el precio máximo, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na” como uno (1), en lugar de tres (3).
- Si bien la Metodología no señala expresamente qué se entiende por “número de arrendatarios” (“Na”), se puede colegir el valor “Na” de acuerdo a su razonamiento económico. Ello, ha quedado demostrado en el Mandato de Compartición, concluyendo que el valor del “Na” es igual a tres (3).
- En el mismo sentido, el Informe N° 292-2017-MTC/26 señala que, para determinar el costo incremental, se parte de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura es de tres (3) cables.

- A su vez, el Informe N° 251-2013- MTC/26, , que sustentó la propuesta del RLBA, estableció un parámetro para determinar la relación entre las variables “f” y “Na” de la Metodología, así como también permite concluir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) toda vez que para determinar el valor del factor “f”, en promedio, toda infraestructura eléctrica podía alojar hasta tres (3) cables de fibra óptica.
- El Viceministro de Comunicaciones del MTC, a través del Oficio N° 520-2017-MTC/0312, reconoció que el valor del “Na” es igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatarios.
- La prohibición de modificar la contraprestación periódica resulta ilegal toda vez que el RLBA prevé que la máxima retribución legalmente exigible puede variar ante el cambio de los valores asignados a las variables de la Metodología. En efecto, el Anexo N° 1 del referido reglamento ha contemplado la posibilidad de que los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” de la Metodología sean modificadas por resolución del Viceministro. Asimismo, señala que la contraprestación debe respetar el principio de no discriminación.

2.2. Contestación de la reclamación ENEL

Por escrito presentado el 4 de octubre de 2018, ENEL contestó la reclamación presentada por AZTECA y dedujo excepción de convenio arbitral, así como solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta que se culmine el proceso contencioso administrativo seguido por ENEL contra el OSIPTEL y AZTECA por la validez del Mandato de Participación.

Los argumentos de ENEL fueron los siguientes:

- **Respecto de la excepción de convenio arbitral:** señaló que la presente controversia no es de naturaleza regulatoria sino contractual, en ese sentido, la competencia del CCO se encuentra reservada a controversias sobre derecho administrativo, lo cual en la relación de participación sería solo la vinculada al acceso y uso compartido de infraestructura y no respecto de la contraprestación periódica ni la devolución. Asimismo, la existencia de una metodología que

establece un tope a la negociación de la contraprestación no determina la *publicación* de la relación jurídica entre AZTECA y ENEL, en tanto las partes se encuentran facultadas a acordar el precio de la contraprestación por debajo del referido tope.

- El cálculo de la contraprestación periódica exigida a AZTECA se fijó de forma legítima de acuerdo con el marco normativo, por tanto, desconocer lo pactado, violaría el principio de intangibilidad contractual que reconoce el artículo 62 de la Constitución. En tal sentido, ni la RVM 768 ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato de AZTECA y ENEL.
- El valor del “Na” que se ha reinterpretado posteriormente tanto en la Resolución Viceministerial y en el Mandato de Compartición no puede ser “de precisión” o aplicación “retroactiva” debido a que, al momento de la suscripción del Contrato, AZTECA y ENEL tomaron el valor del factor “Na” igual a uno (01) de acuerdo a la norma vigente de ese momento.
- Siempre que se asuma que el denominador “Na” implica la existencia de tres (3) arrendatarios colgados en la infraestructura, el operador de telecomunicaciones retribuirá solo una porción de los costos fijos en los que la empresa eléctrica incurre para la prestación del servicio.
- Los documentos o antecedentes de trabajo vinculados a la aprobación del RLBA, así como los proyectos de Resolución Viceministerial de los años 2015 y 2017, que buscaban modificar las variables “m” y “f” de la Metodología, no resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia y no son vinculantes ni oponibles para ninguna de las partes.
- El marco normativo vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición si permitía a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato tendría una vigencia mínima de tres (03) años.

- **Sobre la suspensión del procedimiento:** Las pretensiones de AZTECA dependen del Mandato de Compartición y, en tanto este se encuentra bajo cuestionamiento ante el Poder Judicial, la presente controversia no puede ser resuelta hasta el pronunciamiento judicial.

2.3. AZTECA contesta excepción de convenio arbitral y pedido de suspensión del procedimiento

Con fecha 25 de octubre de 2018, AZTECA contestó la excepción deducida por ENEL, así como la suspensión del procedimiento, en los siguientes términos:

- La controversia es regulatoria, en tanto está referida a una materia destinada a la protección de un interés público, al versar sobre normas imperativas vinculadas con la contraprestación por uso compartido de infraestructura para la operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
- La vía arbitral sólo sería alternativa y excluyente a la vía administrativa cuando la discrepancia verse sobre materias arbitrables, pues en materias no arbitrables el CCO es el órgano competente.
- Por último, sobre la suspensión del procedimiento, el pronunciamiento del Poder Judicial sobre la validez del mandato no constituye una decisión que el Cuerpo Colegiado requiera conocer para resolver la controversia, en tanto el Poder Judicial evaluará las competencias del CD del OSIPTEL para modificar contratos de Compartición por medio de un mandato.

2.4. AZTECA informa sobre proceso arbitral iniciado por ENEL

Con escrito del 3 de abril de 2019, AZTECA informó que, en el proceso arbitral iniciado por ENEL contra AZTECA, el Tribunal Arbitral emitió un laudo que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero y, en consecuencia, se habría declarado incompetente para conocer la materia controvertida, debido a que éstas se encontrarían relacionadas o vinculadas a materias de competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL. Por tanto, AZTECA solicitó al CCO que considere los argumentos desarrollados en su escrito, a fin de desestimar la excepción deducida por ENEL.

2.5. ENEL interpone tacha contra Laudo arbitral presentado por AZTECA

Con fecha 11 de abril de 2019, ENEL interpuso una tacha contra el referido laudo arbitral, con la finalidad de que el CCO excluya dicho documento del análisis para resolver la presente controversia, toda vez que a consideración de esta empresa el laudo emitido corresponde a una controversia distinta a la del procedimiento trilateral y, además, el laudo no tiene calidad de firme.

2.6. AZTECA absuelve tacha interpuesta por ENEL

Con fecha 24 de abril de 2019, AZTECA absuelve la tacha interpuesta por ENEL señalado que el laudo arbitral resulta pertinente para el análisis de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, en tanto el Tribunal Arbitral ha reconocido la competencia exclusiva del OSIPTEL para conocer cualquier controversia en materia de compartición.

2.7. Resolución del Cuerpo Colegio Ad Hoc N° 018-2019-CCO/OSIPTEL

Mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 29 de mayo de 2019, el CCO resolvió declarar:

- (i) **Improcedente la tacha interpuesta por ENEL:** toda vez que, de acuerdo a la información remitida, la materia de la segunda pretensión principal del reclamante fue sometida previamente al fuero jurisdiccional arbitral, por lo que resulta pertinente en este procedimiento a efectos de la resolución de la excepción de convenio arbitral.
- (ii) **Infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL:** en tanto, no existe a la fecha una controversia en trámite en sede jurisdiccional arbitral que impida que al CCO se avoque al conocimiento de las causas planteadas y, a su vez, el procedimiento administrativo versa sobre aspectos regulados al involucrar un interés público.
- (iii) **Infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento planteada por ENEL:** al respecto, el CCO señala que no se requiere como presupuesto previo el pronunciamiento del Poder Judicial, pues el espacio temporal de la presente controversia comprende desde que se emitió el Contrato de Compartición hasta la emisión de Mandato de Compartición.

2.8. Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 033-2020-CCO/OSIPTEL

Mediante la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL del 21 de julio de 2020 el CCO resolvió declarar que el “Na” era igual al número efectivo de arrendatarios. Los principales argumentos del CCO fueron los siguientes:

- El denominador “Na” se encuentra regulado en la Metodología; sin embargo, la misma no estableció un solo valor del “Na”. En ese sentido, aunque el “Na” no haya sido fijado como un valor constante, debe determinarse de acuerdo a la Metodología.
- A la fecha de suscripción del Contrato de Participación, las partes únicamente se encontraron sometidas a lo dispuesto por la LBA y su reglamento (con anterioridad a la modificación de la RVM 768), en tanto fue el único marco normativo vigente al que las partes debían regirse.
- El Informe N° 251-2013-MTC/26 no realizó ninguna especificación, descripción o desarrollo sobre el denominador “Na”, así como tampoco se puede inferir de este que exista un vínculo indesligable entre los valores de la variable “F” y del denominador “Na” o la equivalencia del “Na” con valor constante de tres (3).
- La exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial N° 215-2015- MTC/03 y los Informes que sustentaron proyectos de modificación de las variables “m” y “F”, asumieron un valor del “Na” como un valor dinámico, es decir igual al número efectivo de arrendatarios.
- La RVM 768 no es una norma modificatoria ni interpretativa respecto del denominador “Na”. El Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta no contemplada algo acerca del valor del denominador “Na” y no permite desprender que su valor sea igual a tres (3) desde el inicio de la relación de participación.
- Los Oficios N° 520-2017-MTC/03 y 579-2017-MTC/26 no pueden ser considerados un pronunciamiento vinculante del órgano facultado del MTC que permita interpretar de manera unívoca que el valor del “Na” era equivalente a tres (3) desde el inicio de la vigencia del Reglamento de la LBA.

- La determinación de valor de tres (3) al denominador “Na” resulta aplicable a partir de lo dispuesto en el Mandato de Compartición, lo cual no implica que dicho valor haya sido atribuible desde la emisión del RLBA.

2.9. AZTECA presenta apelación contra Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL

Con fecha 11 de agosto de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, reiterando su posición y señalando los siguientes argumentos:

- No se puede concluir que el CCO haya sustentado su pronunciamiento interpretando correctamente la Metodología, en tanto para determinar cuál es el valor legal asignado por el MTC amerita que se evalúe toda la documentación que da sustento técnico – económico a esta.
- Asimismo, la decisión del CCO se ha sustentado en la interpretación de proyectos de norma como la exposición de motivos de la Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, así como en los proyectos de resolución viceministerial publicados en el 2017, esto es, documentos que no estuvieron vigentes en el ordenamiento jurídico, por lo que no tuvieron efectos para las partes.
- El CCO restó valor a los Informes del 2013 y 2017 cuando estos explican los componentes de la Metodología y cuál es el razonamiento económico detrás de la fórmula empleada por el MTC. De igual manera, no tomó en consideración la propia declaración del MTC realizada mediante Oficio en la cual ratifica el sustento técnico y económico de los Informes del 2013 y 2017 sobre el valor del “Na” igual a tres (3).

2.10. Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL

Con fecha 4 de diciembre de 2020, mediante Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL, el Tribunal de Solución de Controversias (TSC) revocó la Resolución N° 033-2020-

CCO/OSIPTEL; y reformándola, declaró fundada la primera pretensión principal y fundada en parte la pretensión accesoria de la primera pretensión principal.

Los principales argumentos del TSC fueron los siguientes:

- Si bien resulta indiscutible que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo, ello no impide atribuirle mérito probatorio que pueda servirle al TSC para efectos de determinar el valor del denominador “Na”. Asimismo, la necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en aplicación del principio de verdad material.
- El parámetro “f” tomó en cuenta la instalación de tres (3) cables de fibra óptica; es decir el modelo regulatorio empleado por el MTC en la fórmula no retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que genera solo un (1) cable de fibra óptica, sino los costos que generan tres (3) cables.
- La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la Metodología, no puede restringirse a la definición de número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado para la retribución de la contraprestación periódica.
- Del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir con mayor claridad que el valor de la variable “f” fue dimensionado teniendo en cuenta el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica.

Asimismo, el TSC declaró que la resolución emitida constituye precedente administrativo de observancia obligatoria en cuanto estableció que el valor del “Na” desde el inicio fue tres (3).

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. **Problema principal:** ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral?
 - 1.1. **Problema secundario:** ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición son arbitrables?
 - 1.2. **Problema secundario:** ¿La decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral?
2. **Problema principal:** ¿Es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia?
 - 2.1. **Problema secundario:** ¿Existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG?
 - 2.2. **Problema secundario:** ¿Existe diferencia entre la función normativa, referida a la emisión de Mandatos de Compartición, y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su reglamento?
3. **Problema principal:** ¿Es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del denominador “Na” previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha?
 - 3.1. **Problema secundario:** ¿Las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha?

- 3.2. Problema secundario:** ¿Era obligatorio para las partes determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” a partir de los antecedentes no normativos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha al momento de la suscripción del Contrato de Participación?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

A continuación, se presentan las respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios:

- **Primer Problema Principal:** las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Participación no pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral, toda vez que el OSIPTEL cuenta con competencia previa y exclusiva para su resolución basada en el interés público que ostentan las disposiciones de regímenes como el establecido en la LBA y su reglamento. Asimismo, la decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia no es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral, toda vez que el análisis debe estar centrado en: i) evaluar la existencia del convenio arbitral, de acuerdo al artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) y, ii) determinar si la materia reclamada es competencia del OSIPTEL.
- **Segundo Problema Principal:** no es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Participación para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia, toda vez que i) no existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), y ii) existe diferencia entre la función normativa relativa a la emisión de Mandatos y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la LBA y su reglamento.

- **Tercer Problema Principal:** las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL si pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos y documentos legales vinculados al RLBA, toda vez que en virtud del principio de verdad material y el deber de interpretación que la Administración pública ostenta para resolver controversias, la autoridad contaba con los medios probatorios suficientes para determinar el valor del “Na”. Sin embargo, se advierte que tanto AZTECA como ENEL, no podían determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” al momento de suscribir el Contrato de Participación, ya que dicho valor no se encontraba establecido de manera expresa en la Metodología ni se podía colegir que su valor era igual a tres (3) a partir del RLBA.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Respecto de la cuestión preliminar, resuelta mediante Resolución N° 018-2019-CCO-ST/CI, resulta pertinente mencionar que el órgano colegiado no evaluó correctamente la tramitación de una excepción de convenio arbitral en sede administrativa, toda vez que limitó sus competencias y análisis a la decisión arbitral previamente emitida. En tal sentido, el tratamiento que le otorgó el órgano de primera instancia a lo estipulado en el convenio arbitral y el análisis de sus competencias al caso concreto, pasó a un segundo plano, pues lo relevante para ésta fue la tramitación del proceso arbitral y sus efectos en todo el procedimiento.

Asimismo, respecto de la resolución del CCO y el TSC, como órganos de primera y segunda instancia, respectivamente, es posible señalar que, si bien ambos realizaron una interpretación distinta respecto de las mismas normas y medios probatorios puestos a disposición por las partes, los elementos de debida motivación y actuación probatoria, tuvieron un alto estándar sobre una cuestión que vertía temas económicos, técnicos y legales. Sin perjuicio de ello, resultaría interesante que los tribunales administrativos que tramiten controversias entre empresas de telecomunicaciones y energía, puedan ser compuestos por miembros tanto de OSIPTEL y OSINERGMIN; ello, en virtud de las disposiciones sobre colaboración entre entidades establecido en el TUO de la LPAG.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. **Problema principal:** ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral?

El primer problema jurídico principal consiste en determinar si las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral. Para ello, en primer lugar, se determinará si la controversia materia de análisis es arbitrable en los términos de la Ley de Arbitraje y las normas que rigen las competencias del OSIPTEL. Asimismo, en virtud del caso concreto, se analizará si la decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral, tal como fue establecido por el CCO.

- 1.1. **Problema secundario:** ¿Las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición son arbitrables?

Mediante escrito de contestación, ENEL señaló que la reclamación formulada por AZTECA era improcedente, toda vez que la competencia para resolver la controversia sobre la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica, le correspondía a un Tribunal Arbitral. En ese sentido, indicó que el Contrato de Compartición contemplaba una cláusula donde las partes habían plasmado su voluntad de resolver cualquier controversia ante un Tribunal Arbitral. Asimismo, ENEL argumentó que la autoridad administrativa no tiene competencia material para pronunciarse, ya que no se encuentran frente a una controversia de derecho administrativo sino netamente contractual.

- **Arbitraje y Derecho Administrativo**

El arbitraje es una vía alternativa de solución de conflictos en la que las partes someten una controversia específica a conocimiento y decisión vinculante de terceros designados por ellas, es decir, un árbitro único o tribunal arbitral (La Rosa y Rivas 2018, p. 115). Para el Tribunal Constitucional, la facultad de los árbitros para resolver un conflicto no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, sino más bien en el artículo

139 de la Constitución (función jurisdiccional) (STC N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11), razón por la cual el ejercicio del arbitraje estará sujeto a limitaciones, entre ellas, el tipo de materias que pueden ser sometidas a su fuero.

Sobre el particular, la Ley de Arbitraje, señala en su artículo 2, que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de **libre disposición conforme a derecho**, así como aquellas que **la ley** o los tratados o acuerdos internacionales **autoricen**. En ese sentido, se entiende que la limitación del arbitraje en virtud de la materia (arbitrabilidad objetiva) está dada por: i) la libre disposición de derechos y ii) materias autorizadas por la ley, o los tratados o acuerdos internacionales.

A pesar de la delimitación objetiva que indica la Ley de Arbitraje, es claro que la denominación “*libre disposición conforme a derecho*” no permite distinguir con claridad qué controversias pueden ser sometidas a arbitraje.

En virtud de la inexactitud conceptual y el silencio de legislador sobre aquellos derechos que son disponibles, la doctrina ha tratado de delimitar su contenido. Por ejemplo, Soto señala que “*son materias de libre disposición las que están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes*” (2011, p. 162). Por otro lado, González afirma que las materias de naturaleza penal son indisponibles, por lo que si existiese una cuestión prejudicial debe remitirse a los órganos penales competentes y no ser resuelta en arbitraje (2012, p.136).

Así, con carácter general, se puede llegar a la conclusión de que en las cuestiones donde se aplica indubitablemente derecho privado la materia es de libre disposición, mientras que, si se aplica derecho público, la materia se convierte en no disponible. Sin embargo, si vamos más allá de dicha conclusión, sobre todo, en aquellas cuestiones de derecho público que contemplan la aplicación de normas de derecho administrativo, la respuesta podría cambiar.

Lo mencionado anteriormente, se sustenta en que la doctrina administrativista ha sido más reticente a aceptar la arbitrabilidad de aspectos que competen al ejercicio de potestades de la Administración¹. Sobre ello, Trayter (1997) señala que “*no podrá nunca*

¹ Cabe resaltar que existen casos en los cuales la Administración Pública acepta la arbitrabilidad de aquellas relaciones jurídicas de derecho privado que ejercen las instituciones del Estado. Por ejemplo, se pueden llevar a arbitraje las controversias sobre aplicación de penalidades a Concesionarios de Servicios Públicos en virtud de los Contratos de Concesión suscritos con el Estado, ya que este último actúa en virtud de una relación de derecho privado con el concesionario. Sobre el tema, García señala que “en estos casos, la Administración actúa en sus relaciones con terceros de acuerdo con el derecho privado, renunciando a sus prerrogativas de derecho público” (2011, p. 53)

versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales (sean actos o reglamentos) en sus aspectos también reglados (órgano competente o procedimiento)” (p. 95). En la misma línea, García expresa que *“los asuntos de policía, el giro o tráfico administrativo, las potestades regladas, la actuación unilateral de la Administración, la determinación del interés general, hacen que la relación jurídica sea indisponible para las partes”* (2011, p. 46). A partir de ello, se puede colegir que, para parte de la doctrina administrativista, las materias que corresponden al derecho administrativo, y, sobretodo, aquellas que impliquen una cesión de las potestades de la Administración Pública, no son de libre disposición para los administrados.

Ahora bien, en palabras de Escartín, resulta válido indicar que la libre disponibilidad del derecho no puede ser un elemento sustancial para delimitar que materias son susceptibles de arbitraje en el ámbito del derecho administrativo, toda vez que el componente del interés público y el ejercicio de potestades de la Administración imponen que el arbitraje en el Derecho administrativo ostente mayores limitaciones en la configuración de su parte material, a diferencia del arbitraje en Derecho privado. Ello, además se sustenta en que el criterio de libre disponibilidad está conectado con el criterio de renunciabilidad, lo cual llevaría a concluir que no son arbitrables las materias reguladas por normas imperativas u orden público. Dicho argumento, aunado a una interpretación restrictiva del principio de legalidad de la Administración protectora del interés público, concluiría en la indisponibilidad de materias en derecho administrativo (2012, p 121).

En ese escenario, se concluye que libre disponibilidad y derecho administrativo son conceptos que no dan una respuesta clara sobre qué materias son arbitrables en este campo del derecho. Sin embargo, compartimos la opinión de Bustillo, quien señala que será posible el arbitraje en derecho administrativo en *“asuntos en los que se tenga plena disponibilidad y cuya resolución no se proyecte en la esfera jurídica amparada en el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral”* (2010, p. 471).

En efecto, resulta problemático que, aquellas cuestiones en las cuales se puede afectar la esfera jurídica de una cantidad indeterminada de administrados o las potestades de la Administración para velar sobre ciertos intereses públicos, se traslade al ámbito de lo privado, sin un adecuado control de cuestiones que implican la vulneración de normas y principios del derecho público.

Así, es pertinente mencionar el marco legal bajo el cual ha sido concebida la función de solución de controversias de las autoridades del OSIPTEL, pues permite delimitar con mayor énfasis el ámbito de libertad que tienen los administrados para plantear determinadas cuestiones controvertidas en arbitraje.

- **Competencias del OSIPTEL**

Tomando en consideración los hechos presentados en este Informe, corresponde hacer mención del marco de potestades que ostenta el OSIPTEL – con énfasis en la función de solución de controversias- para evaluar si dicho marco se instituye como un límite a la posibilidad de llevar a arbitraje materias en acceso y uso de infraestructura.

Al respecto, el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores) los organismos reguladores tienen la función de solución de controversias. Así, hay que hacer notar que, bajo el alcance del artículo 36 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, Ley de Desarrollo de OSIPTEL), la competencia del OSIPTEL comprende la evaluación de toda controversia que sea consecuencia de las acciones u omisiones que puedan afectar el mercado de los servicios de telecomunicaciones, **aunque solo una de las partes tenga condiciones de empresa operadora**. Dicha precisión es importante, ya que la presente controversia tiene como parte a una empresa de distribución de energía (ENEL).

Asimismo, continuando con la descripción del marco normativo de funciones del OSIPTEL, resulta necesario especificar que el literal f) del artículo 53 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, el Reglamento General del OSIPTEL), ha delimitado las controversias que se encuentran bajo el ámbito de competencia de este organismo regulador, señalando que son, entre otras, las que se encuentran relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento General de OSIPTEL, señala que **la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSIPTEL**. Esta exigencia debe leerse conjuntamente con lo previsto en el artículo 74 del TUO de la LPAG), el cual establece que la competencia administrativa tiene carácter inalienable y solo por ley o mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una

autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia. Sobre ello, resulta importante enfatizar que, no existe ley ni mandato judicial expreso que limite el ejercicio de las competencias del OSIPTEL para resolver el caso materia de análisis, por lo que no ejercer la misma conllevaría a una vulneración del principio de legalidad en el procedimiento administrativo que, en materia de competencias, supone que cada órgano tiene que ejercer exactamente lo que la ley le atribuye, sin que tal asignación pueda ser usurpada o trasladada imperativamente (Muñoz Machado, 2017, p.83).

Por otro lado, conviene resaltar que, si bien el artículo 38 de la Ley de Desarrollo de OSIPTEL, permite el procedimiento de solución de controversias en la vía arbitral cuando las partes hayan acordado someter la discrepancia al arbitraje administrativo por OSIPTEL, este debe leerse en concordancia con el artículo 50 del Reglamento General, que establece que las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, **salvo que versen sobre materias no arbitrables.**

Tal es así, que el mismo artículo indica que: “*se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponden desarrollar a OSIPTEL*”. Por tanto, se infiere que, el cumplimiento de las funciones del OSIPTEL no son arbitrables, entre las que se encuentra, la función de solución de controversias.

Ahora bien, como puede advertirse de los párrafos anteriores, el OSIPTEL no ha señalado propiamente que nos encontramos frente a materias “no disponibles”, sino más bien a la “arbitrabilidad” de las controversias y sus funciones. Ambos conceptos no deben ser tomados como sinónimos en todos los casos, en tanto existen materias no disponibles que son arbitrables y viceversa. Sin embargo, en nuestra legislación, lo que es no disponible y no arbitrable a fin de cuentas lo decide el legislador, por lo que la diferenciación de ambas no tiene mayor reparo y se definirá en virtud del alcance o contenido que se le pueda otorgar a la norma. Así, se advierte que el OSIPTEL, vía reglamentación, estableció que materias estaban fuera del ámbito arbitral.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta conveniente analizar por qué las materias señaladas, específicamente para el caso propuesto, deben ser resueltas por un cuerpo colegiado o tribunal administrativo.

En primer lugar, el interés público que reviste la norma a ser aplicada puede ser un parámetro para que el legislador haya decidido reservar la competencia previa y exclusiva

de la Administración en materia de compartición de infraestructura. Actualmente, uno de los regímenes jurídicos que permite la compartición de infraestructura para la prestación de servicios de públicos de telecomunicaciones se encuentra plasmado en la LBA y su reglamento. Este régimen obliga a los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos a compartir su infraestructura con los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones para que el despliegue de redes permita la provisión de banda ancha fija y móvil.

A su vez, en el artículo 3 de la LBA, se declaró 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 que facilite el despliegue de redes de telecomunicaciones. La compartición de infraestructura conlleva una serie de beneficios en ahorro de costos de despliegue y expansión de las redes de banda ancha, beneficios públicos al evitar duplicaciones innecesarias de red e incluso elude la contaminación visual innecesaria (Martínez, Iglesias y García, 2020).

Ahora bien, la declaración de necesidad pública e interés nacional sobre el acceso y uso de infraestructura no solo supone que la empresa de energía o hidrocarburos brinde su infraestructura a la empresa de telecomunicaciones, sino que las condiciones de compartición, establecidas en el Contrato, respeten el marco regulatorio pertinente. Así, una de las cuestiones regulatorias establecidas en la LBA y desarrolladas por su reglamento, estaba referida a la retribución que debe pagar AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL. Dicha contraprestación se encuentra regulada en la Metodología y la misma sirve como **precio máximo** de acuerdo al RLBA.

Sobre el particular, autores como Villar, señalan que la contraprestación por el ejercicio del derecho de acceso debe ser fijada por el poder público por una razón fundamental: no existe mercado, esto es, competencia entre distintos operadores que ofrezcan esa prestación, entonces, el uso de dichas instalaciones es como un monopolio, indispensable para realizar otras actividades (2004, p. 278). Lo mencionado por dicho autor es relevante, en tanto que, por las características de las operaciones de empresas de distribución eléctrica como ENEL y su área de concesión, la misma cuenta con una distribución geográfica que le permite únicamente a esta brindar su infraestructura a AZTECA.

Asimismo, en virtud de la posición de ENEL frente a AZTECA, se debe velar por no incumplir con el principio de no discriminación, según el cual corresponderá que el titular de la infraestructura eléctrica ofrezca el mismo precio a todos los demás operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a ella, salvo razones técnicas o de seguridad que permitan discriminar justificadamente.

Por lo mencionado hasta aquí, puede observarse que el precio tope de contraprestación por compartición tiene una justificación basada en el interés público. Asimismo, aun cuando el Contrato de Compartición se haya negociado de manera privada, la regulación de la contraprestación debía ser advertida, toda vez que el Código Civil peruano señala en su artículo 1355 que la ley por consideraciones como el interés público puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos; es decir, es mandatorio que las partes consideren las limitaciones establecidas por ley en tanto ningún contrato se encuentra fuera del alcance de la legislación peruana, más aun tomando en cuenta – para nuestro caso- la naturaleza de la actividad (telecomunicaciones) y la calidad de servicio público que ostenta.

Por otro lado, si bien las competencias para resolver determinadas materias son previas y exclusivas para la Administración por la voluntad del legislador, y las mismas pueden justificarse en virtud del interés público que ostentan; a efectos prácticos también se pueden evaluar las consecuencias de que la controversia entre AZTECA y ENEL sea resuelta en arbitraje:

- En primer lugar, el Tribunal Arbitral muchas veces se ciñe únicamente a las pruebas que han presentado las partes para resolver la controversia, lo cual puede resultar perjudicial en una materia que requiere la actuación de diversos medios probatorios adicionales, y sobre la cual no solo prevalece el interés particular de las partes. Por el contrario, en un procedimiento administrativo trilateral (PAT) seguido ante el OSIPTEL, la autoridad pueda actuar pruebas de oficio para salvaguardar dicho interés público (Gómez, 2011).
- En segundo lugar, si la materia en controversia es conocida en sede arbitral y llega por anulación de laudo a una sala civil del poder judicial, las materias por las cuales puede cuestionarse la resolución del tribunal arbitral son limitadas. Por el contrario, el cuestionamiento a una resolución del TSC de OSIPTEL mediante una acción contencioso administrativo, supone que el juez especializado realice un análisis completo de la legalidad del acto administrativo.

- Los Tribunales arbitrables pueden realizar una interpretación distinta de la controversia planteada ocasionando falta de homogeneidad en la interpretación de una norma regulatoria. A diferencia de esta instancia, la autoridad de solución de controversias de OSIPTEL puede plantear un precedente administrativo para definir un criterio específico, tal como se hizo en este expediente.

Por lo expuesto, se tiene que las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura no son arbitrables, toda vez que el OSIPTEL cuenta con competencia previa y exclusiva para su resolución basada en el interés público que ostentan las disposiciones de regímenes como el establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento.

1.2. Problema secundario: ¿La decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral?

Una de las cuestiones a analizar en el presente expediente se encuentra referida a determinar si la decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral. Esta cuestión resulta relevante, toda vez que existen diferentes posturas sobre qué aspectos se deben evaluar para resolver una excepción de convenio arbitral en un procedimiento administrativo trilateral.

Sobre el particular, se tiene que en julio de 2018, ENEL había presentado una demanda arbitral por un supuesto incumplimiento de AZTECA al haber solicitado la emisión del mandato de compartición, pese a que se había pactado que la retribución periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura estaría vigente por un periodo mínimo de tres (3) años. Sin embargo, con fecha 3 de abril de 2019, AZTECA informa al CCO que, en el proceso arbitral iniciado por ENEL, el Tribunal Arbitral emitió un laudo en el cual declaraba fundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA; en tal sentido, el propio Tribunal se habría declarado incompetente para conocer la materia.

Así, mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, el CCO resolvió la excepción de convenio arbitral planteada por ENEL y concluyó lo siguiente:

- No existe a la fecha una controversia en trámite en sede jurisdiccional arbitral que impida al CCO avocarse al conocimiento de las causas planteadas en sede administrativa, toda vez que el Tribunal arbitral se había declarado incompetente.

En otras palabras, el CCO tomó como argumento la declaración de incompetencia del fuero arbitral para poder continuar con el procedimiento administrativo y resolver la excepción de convenio arbitral.

- Asimismo, señaló que el procedimiento administrativo versa sobre aspectos regulados que involucran un interés público, y, por tanto, la resolución de la controversia era competencia del CCO.

De lo resuelto por el CCO, se puede colegir que este órgano realizó un análisis que se dividió en **dos partes** para poder resolver la excepción de convenio arbitral: **i)** verificó si el Tribunal Arbitral se había declarado competente, ya que ello permitiría señalar que no se estaba avocando una causa pendiente de resolución en sede arbitral y **ii)** verificó si la materia era de competencia del CCO.

- **La decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia**

En virtud del inciso 3) del artículo 3 y el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, el principio “kompetenz – kompetenz” habilita al Tribunal Arbitral a decidir acerca de su propia competencia, lo cual posibilita que tenga prioridad temporal respecto de la jurisdicción ordinaria para dirimir una controversia (Figuroa, 2014, p. 72). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la importancia práctica de este principio radica en que evita que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrables y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de la jurisdicción ordinaria con la interposición de cualquier acción y desplazar la disputa a otro terreno (STC N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 13).

Ahora bien, corresponde resaltar que, el árbitro no puede decidir su competencia de manera definitiva, pues ésta es siempre revisable por la autoridad judicial. Sin embargo, la Ley de Arbitraje prevé en el literal e, numeral 1 del artículo 63, que el laudo solo podrá ser anulado, entre otros, cuando la parte solicitante alegue que el tribunal ha resuelto sobre materias que, **de acuerdo a ley**, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje. Dicha disposición puede devenir en una limitación para el análisis de aquellas materias que no son arbitrables por naturaleza pero que normativamente no han sido establecidas como tal por ley del Congreso.

Ahora bien, cuando el Tribunal Arbitral resuelve declararse competente o incompetente a través de la resolución de una excepción de incompetencia en su sede ¿ello tiene impacto

en la tramitación de la misma materia en la sede administrativa? Consideramos que la problemática principal se sitúa en el primer caso, es decir, cuando se declara competente, toda vez que ello podría desembocar en que Administración suspenda o concluya la tramitación de todo el procedimiento.

En el presente caso, si bien el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para resolver la materia puesta en su conocimiento, el CCO alegó que dicha decisión arbitral le permitía establecer que no se estaba contraviniendo el artículo 139 de la Constitución, es decir, no se estaría avocando una causa pendiente de la sede jurisdiccional arbitral y podría continuar con el procedimiento. Por tanto, bajo la lógica del CCO, si el Tribunal Arbitral se hubiera declarado competente, se estaría avocando una causa pendiente de ser resuelta, y, por tanto, suspendería o concluiría el ejercicio de sus competencias.

El razonamiento del CCO no es el más adecuado, y así lo ha demostrado el TSC en casos similares. Como ejemplo, en el caso N° 005-2018-CCO-ST/CI - donde el Tribunal Arbitral se declaró competente - el CCO decidió suspender el procedimiento hasta que el laudo parcial donde el Tribunal se pronunció sobre su competencia adquiriera la calidad de firme. No obstante, mediante resolución N° 00018-2021-TSC/OSIPTTEL, el TSC revocó dicha decisión, señalando que se continuara con el procedimiento, ya que incluso el laudo firme no era vinculante al procedimiento administrativo si el mismo vincula únicamente a las partes que participaron en el proceso arbitral y no al OSIPTTEL (f. 94). A su vez, indicó que el OSIPTTEL actuaba dentro de sus competencias, por lo que no existe un desplazamiento de la función jurisdiccional del arbitraje ante el ejercicio de la función administrativa (f. 101).

Asimismo, no existiría contravención al carácter de cosa juzgada del laudo final si la Administración continúa con el procedimiento y resuelve la controversia, toda vez que no se cumple con los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil, el cual señala que *“hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”*. Así, en el supuesto negado de que el Tribunal se hubiera declarado competente en el caso de AZTECA y ENEL, lo decidido en el laudo arbitral versaría sobre un supuesto incumplimiento de AZTECA al haber solicitado la emisión del mandato de compartición. Por su parte, lo resuelto en el OSIPTTEL, partiría por analizar los alcances de la Metodología y su aplicación para determinar la correcta contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura.

En otras palabras, el objeto de ambos petitorios son distintos y, por tanto, no se vulneraría la calidad de cosa juzgada del laudo.

Ahora, ¿existe una manera de que la resolución del Tribunal Arbitral sea vinculante a las competencias de las autoridades en el procedimiento administrativo? Sí. El TUO de la LPAG señala que es posible que la autoridad deje de ejercer sus competencias si existe una ley o mandato judicial expreso que así lo determine. En tal sentido, será el legislador o la autoridad judicial, los que expresamente deben señalar que el OSIPTEL debe inhibirse de ejercer su función de solución de controversias al caso concreto y, solo en dicho supuesto, podría admitirse que la decisión arbitral firme tenga efectos.

En esa línea, si la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia no es vinculante a las competencias de las autoridades en el procedimiento, toda vez que no existe ley o mandato judicial – arbitral- expreso que así lo determine. Asimismo, se tiene que la vinculación de la decisión del tribunal arbitral vendría dada al todo el procedimiento administrativo, razón por la cual no tuvo que ser analizada dentro de la excepción de convenio arbitral

- **La excepción de convenio arbitral en procedimientos administrativos trilaterales**

En primer lugar, conviene resaltar que el convenio arbitral es una figura jurídica del ámbito arbitral que permite a las partes resolver determinadas controversias en dicho fuero. Tal como señala Matheus (2009), el convenio arbitral tiene un efecto doble: uno positivo, el cual determina que las partes deben cumplir con lo laudado; mientras que el efecto negativo, está referido a que otros órganos están impedidos de solucionar las controversias que mediante convenio se ha encargado únicamente a los árbitros (p. 69).

En virtud del efecto negativo que produce el convenio arbitral, es que las partes pueden plantear excepciones como la excepción de convenio arbitral, con la finalidad de que la autoridad judicial o administrativa que tome conocimiento de una controversia se abstenga de resolver. Sobre el particular, el artículo 48 del Reglamento de Solución de Controversias, establece que el reclamado podrá proponer excepciones, es decir, las establecidas en el artículo 446 del CPC, el cual enumera una lista de excepciones, entre las que se encuentra **la excepción de convenio arbitral**. Si la excepción es declarada fundada, corresponde anular lo actuado y dar por concluido el proceso.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, establece cual es el criterio de evaluación de la excepción de convenio arbitral, indicando que ésta debe ser amparada por el sólo mérito de la existencia del convenio.

De una interpretación literal, se puede colegir que, de acuerdo a la Ley de Arbitraje, la sola acreditación de la existencia del convenio arbitral permitirá que la autoridad administrativa – para nuestro caso- pueda amparar la excepción de convenio arbitral planteada. La única excepción a dicha regla se configura cuando la excepción se formule antes de iniciado el arbitraje y el convenio sea “manifiestamente nulo”, situación que no se ha presentado en el caso de AZTECA y ENEL, ya que la excepción se presentó después de iniciado el arbitraje.

De esta manera, bajo el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, solo se analizaría la existencia del convenio arbitral, lo cual no fue advertido por el CCO, ya que éste evaluó de manera preliminar la decisión del Tribunal Arbitral sobre su competencia y, posteriormente, si la materia era de su competencia. En tal sentido, corresponde señalar que la decisión arbitral no debería ser un elemento de análisis para resolver una excepción de convenio arbitral, toda vez que el mismo debería estar sujeto a: i) evaluar la existencia del convenio arbitral y ii) determinar si la materia reclamada es competencia del OSIPTEL.

Por ello, coincidimos con el CCO respecto del punto que evalúa si la materia del procedimiento es de su competencia, en tanto no resulta conveniente que la sola existencia del convenio arbitral subordine las competencias del OSIPTEL, aun cuando el análisis del artículo 16 de la Ley de Arbitraje así lo disponga.

En esa línea, si la autoridad administrativa ampara la excepción de convenio arbitral por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, parecería limitar la función de solución de controversias de las autoridades del OSIPTEL, referidas a acceso y uso compartido de infraestructura, más aún cuando las relaciones jurídicas entre los agentes que comparten infraestructura se plasman en Contratos de Compartición, en los cuales siempre se establecerá una cláusula de solución de conflictos y, por tanto, sea siempre posible para las partes invocar la excepción de convenio arbitral en sede administrativa.

En efecto, **la generalidad del convenio arbitral no puede suponer que las partes consideren que cualquier materia puede ser sometida a arbitraje, más aún, suponer que el convenio arbitral permitirá que materias bajo la competencia de OSIPTEL,**

puedan ser llevadas prioritariamente a arbitraje, valiéndose de que la interposición de la excepción de convenio arbitral solo evaluará la existencia del mismo.

Por todo expuesto, la decisión del Tribunal Arbitral sobre su competencia no es vinculante a las autoridades del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral, toda vez que el análisis debe estar centrado en: i) evaluar la existencia del convenio arbitral, de acuerdo al artículo 16 de la Ley de Arbitraje y, ii) determinar si la materia reclamada es competencia del OSIPTEL.

- 2. Problema principal:** ¿Es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia?

El segundo problema jurídico principal consiste en determinar si es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia. En ese sentido, corresponderá determinar si existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo con el artículo 75 del TUO de la LPAG. Asimismo, determinar si existe diferencia entre la función normativa, referida a la emisión de Mandatos de Compartición, y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la LBA y su reglamento.

De los hechos del caso, se desprende que ENEL manifestó que el CCO debía suspender el procedimiento, en tanto en sede judicial se discutía aún la legalidad del Mandato de Compartición. Asimismo, señaló que la legalidad del mandato de compartición es esencial para evaluar el sustento de las pretensiones formuladas por AZTECA, de conformidad con el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

En tal sentido, el CCO resolvió que, para resolver la reclamación formulada por AZTECA contra ENEL, no se requiere como presupuesto el previo esclarecimiento de la cuestión litigiosa planteada en sede judicial, pues el espacio temporal de la presente controversia comprende desde la fecha de suscripción del contrato de compartición (9 de noviembre de 2015) hasta la fecha de emisión del mandato de compartición (8 de marzo de 2018).

Adicionalmente, señaló que los Mandatos de Compartición son expedidos en ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, por lo cual su aplicación en el tiempo no tiene efectos retroactivos.

2.1. Problema secundario: ¿Existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG?

ENEL cuestionó en la vía judicial contencioso administrativa la ausencia de competencia del CD del OSIPTEL para emitir un Mandato de Compartición cuando existía previamente un Contrato de Compartición. Por su parte, la discusión en sede administrativa, estaba referida a i) determinar si la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excedía la máxima retribución en el Anexo 1 de la Metodología y ii) declarar inexigible la cláusula del Contrato de Compartición en lo referido al plazo de vigencia mínimo de tres (3) años de la contraprestación fijada en el Anexo 1 del Contrato.

En tal sentido, corresponde determinar si existe algún tipo de conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo con el artículo 75 del TUO de la LPAG para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL puedan resolver en sede administrativa la controversia.

De acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG, que para que exista conflicto con la función jurisdiccional, deben presentarse tres supuestos que se analizarán a continuación:

- **Conocimiento de la autoridad administrativa sobre la tramitación:** el CCO tenía conocimiento que ENEL había interpuesto una demanda contencioso administrativa para que se declarara la nulidad de la RCD N° 063-2018-CD/OSIPTEL, mediante el cual se aprobó el Mandato, y la nulidad de la RCD N° 128-2018-CD/OSIPTEL, por el cual se declaró infundado su recurso de reconsideración contra la precitada resolución.
- **Cuestión de derecho privado que deba ser esclarecida antes:** se puede advertir que en sede judicial no se tramita una cuestión que verse sobre relaciones de derecho privado, en tanto lo que se cuestiona son las competencias del CD de OSIPTEL para modificar un Contrato de Compartición (relación de derecho público). Sin embargo, el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indica de manera más amplia el objeto al referirse a *cualquier cuestión contenciosa*.

- Por tanto, considerando que el requisito es que la cuestión contenciosa deba ser previamente esclarecida para que la administración pueda resolver, podemos advertir que, lo que se ha demandado en la vía judicial es una cuestión distinta que no requiere ser resuelta previamente para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL puedan determinar si las partes se excedieron en el monto de la contraprestación y determinar si era exigible el periodo mínimo de tres (3) años para no modificar la contraprestación. Ello, toda vez que la autoridad judicial lo que hará es analizar únicamente las competencias del CD para modificar los términos del Contrato de Compartición.
- **Identidad de sujetos, hechos y fundamentos:** se puede concluir que no existe identidad, toda vez que la controversia puesta en conocimiento del CCO versa principalmente sobre la interpretación que le dieron las partes a los factores que determinaban la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura; mientras que, lo que cuestiona ENEL en la vía contenciosa, es lo relativo a la posibilidad de que el CD pueda modificar los términos del Contrato de Compartición a través de la emisión del Mandato.

Así, en el supuesto de que la autoridad judicial declarase la nulidad de las resoluciones cuestionadas, ello no impediría que el CCO o el TSC se pronunciaran respecto de controversia suscitada entre AZTECA y ENEL; máxime si la autoridad judicial no tendría que evaluar las interpretaciones divergentes sobre la determinación de los factores de la Metodología que permitían determinar la máxima contraprestación posible. Asimismo, en tanto la función normativa y de resolución de conflictos del OSIPTEL tienen efectos diferentes sobre la esfera de los administrados, las actuaciones de las autoridades administrativas no deberían estar sujetas recíprocamente; ello será analizado con mayor detalle en el siguiente apartado.

En consecuencia, no existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG.

2.2. Problema secundario: ¿Existe diferencia entre la función normativa, referida a la emisión de Mandatos de Compartición, y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su reglamento?

- **La función normativa referida a la emisión de Mandatos por el OSIPTEL**

En primer lugar, corresponde señalar que el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores reconoce para estos (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERGMIN y SUNASS), entre otras, la función normativa. Así, de acuerdo al artículo citado, la **función normativa** comprende la facultad de dictar, entre otros, normas y mandatos u otras de carácter particular.

Así, en virtud de su función normativa, el OSIPTEL cuenta con competencias para emitir mandatos de interconexión y compartición a través de su máximo órgano: el CD. Lo mismo ha sido recogido en el Reglamento General de OSIPTEL, el cual establece que la función normativa de este organismo regulador comprende la facultad de dictar mandatos. En relación al contenido jurídico de los mandatos, Vignolo señala que los mandatos contienen un conjunto de obligaciones para determinados agentes que hacen posible el acceso y uso de infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos (2020, p. 71). La obligatoriedad del cumplimiento de los mandatos se sustenta en el interés público que hay detrás de la provisión de ciertos servicios para la comunidad.

Ahora bien, respecto de la naturaleza jurídica de los mandatos, existe una discusión en torno a determinar si estos son actos administrativos o normas. Sobre el particular, autores como Vignolo (2020), Morelli y Roca (2020), sostienen que el mandato es un acto administrativo. Ello, se sustenta en que la figura del mandato cumple con los elementos de la definición de acto administrativo que establece el TUO de la LPAG:

- a) Declaración de una entidad:** declaración del OSIPTEL, como organismo regulador, a través del CD, emite el mandato y lo aprueba mediante resolución.
- b) En el marco de una norma de derecho público:** de acuerdo a la Ley Marco de Organismos Reguladores, así como el Reglamento General de OSIPTEL, el OSIPTEL puede emitir mandatos. Asimismo, normas sectoriales como el Reglamento de la Ley de Banda Ancha facultan al OSIPTEL a emitir mandatos de compartición.
- c) Produce efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados:** el mandato establece obligaciones para las partes de la relación jurídica concreta. Los efectos no se aplican a la generalidad de empresas o concesionarias.

d) Se emite respecto de una situación concreta: los mandatos se emiten para una situación particular. Por ejemplo, en virtud del régimen establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento, permite el acceso y uso compartido de infraestructura de una empresa eléctrica en favor de una empresa de telecomunicaciones.

Adicionalmente, Vignolo señala que los mandatos se configuran como “actos administrativos no normativos”, regulados por el TUO de la LPAG, toda vez que i) son el acto administrativo final de un PAT, ii) no contienen una norma jurídica con vocación de permanencia y iii) se agotan o consumen con su sola aplicación a un caso concreto, a diferencia de los reglamentos (2020, p. 83).

Por su lado, el OSIPTEL ha tomado la posición de considerar que la naturaleza jurídica de los mandatos es el de una norma. Asimismo, sobre la aplicación del TUO de la LPAG en el procedimiento para la emisión del mandato, ha destacado que, si bien dicho procedimiento no es uno de carácter administrativo, sino un proceso para la emisión de una norma de carácter particular con efectos generales, se pueden aplicar los principios y disposiciones del TUO de la LPAG. En tal sentido, la forma de cuestionar una resolución normativa será mediante la tramitación de un Proceso de Acción Popular (Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia OSIPTEL, 2021, p. 5).

Sobre el particular, coincidimos con la idea del jurista Richard Martín, en tanto señala es problemático que se identifique la función normativa con aquellas normas de “carácter particular”, ya que ello tiene un efecto directo en la naturaleza de las decisiones de los organismos reguladores, así como las vías de control judicial para cuestionar estas decisiones (2002, p. 110-11). Así, por ejemplo, se ha advertido que, frente a la demanda contenciosa interpuesta por ENEL contra el Mandato de Compartición, el OSIPTEL presentó una excepción de incompetencia al proceso, con lo cual el Séptimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió declararla fundada, toda vez que concluyó que los mandatos tienen carácter normativo y, por tanto, procede la vía del proceso de acción popular. De esta manera, se presenta una grave inseguridad jurídica procesal, ya que no se conoce con certeza la vía de control judicial contra los mandatos.

A partir de las posturas indicadas, es posible advertir que, si bien la emisión de mandatos se realiza en virtud de la función normativa que ejercen los organismos reguladores, lo

cierto es que éstos cumplen con los elementos constitutivos del acto administrativo e incluso, tal como ha sido señalado previamente, el propio OSIPTEL reconoce que le son aplicables los principios y disposiciones del TUO de la LPAG. En tal sentido, por un criterio de especialidad, resulta pertinente que los mecanismos de control ex post de este tipo de decisiones del regulador, sean conocidas por los tribunales contencioso administrativo.

Ahora bien, en el marco del RLBA, el artículo 25 prevé el procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos, el cual señala que, ante la falta de negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, se podrá solicitar la emisión de un mandato de compartición. Por ello, es que en diversos Informes de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (GPRC), se indica que el mandato de compartición es un **mecanismo subsidiario** por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía sin que haya suscrito el contrato respectivo, con la finalidad de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento de la LBA (2018, p. 8-9).

De esta manera, se puede colegir que el régimen de compartición que establece la LBA y su reglamento, faculta al OSIPTEL a emitir mandatos de compartición, cuando las partes no lleguen a negociar en el tiempo previsto los términos de su Contrato. Sin embargo, en el caso concreto, si bien AZTECA y ENEL llegaron a suscribir un Contrato de Compartición, más adelante, AZTECA solicitó la emisión de un mandato al OSIPTEL por las discrepancias con ENEL respecto de la contraprestación. Este aspecto resulta importante, toda vez que existe un periodo de tiempo al cual no se le podría aplicar las disposiciones del mandato, ya sea este concebido como acto administrativo o reglamento, pues aplicaría el principio de irretroactividad en ambos casos.

En esa línea, para el periodo sobre el cual no se pueden aplicar las disposiciones del mandato y sobre el cual existe controversia en la interpretación de la normativa del régimen de la LBA y su reglamento, corresponde que la función de solución de controversias del OSIPTEL ejerza su rol.

- **La función de solución de controversias del OSIPTEL**

Al respecto, el artículo 49 del Reglamento General de OSIPTEL, establece los términos de la función de solución de controversias de este organismo. Para Floríndez (2020) la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores tiene como finalidad principal garantizar la eficacia del marco regulatorio aplicable y, con ello, tutelar los intereses de los distintos actores que participan en un sector regulado (p. 17). En tal sentido, resulta importante resaltar que existen materias específicas reguladas que, por ostentar un interés público, se ha tomado por bien reservar su conocimiento a los órganos colegiados y tribunales administrativos, aunque ello no suponga que puedan ser cuestionadas a nivel judicial.

Asimismo, en el artículo 53 del citado Reglamento, establece una lista de controversias en las cuales OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa. Tal es así, que se ha previsto que los conflictos o controversias relacionadas al acceso y uso de infraestructura de los servicios públicos de telecomunicaciones, serán competencia de este organismo regulador a través de sus autoridades (CCO y TSC).

Cabe resaltar, que el CD de OSIPTEL, en el marco de la emisión de los mandatos de compartición bajo el régimen de la LBA y su reglamento, ha aclarado que **la emisión de los mismos está acotado al ejercicio de la función normativa y la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual**. Así, no existe alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias, toda vez que son las partes las que deben determinar si corresponde o no activar el mecanismo de solución de controversias para dilucidar algún tema de su relación de compartición de infraestructura (GPRC, 2018b, p. 32).

Por lo señalado, podemos colegir que el aspecto diferenciador entre un mandato emitido por el CD y la resolución administrativa del CCO o el TSC en materia de acceso y uso compartido de infraestructura, es que el primero tiene la capacidad de modificar las condiciones económicas de la contraprestación mensual del Contrato de Compartición (GPRC, 2018a, 105); mientras que, la segunda solo resuelve una cuestión específica con efectos para el periodo de tiempo entre la suscripción del Contrato de Compartición hasta antes de la emisión del Mandato de Compartición.

No obstante, lo señalado por el CD de OSIPTEL y la GPRC, no resulta totalmente claro, pues no explicaría cuál es la diferencia entre lo resuelto en un mandato de compartición

y una controversia llevada al CCO sobre aspectos concernientes a la aplicación de disposiciones del RLBA, específicamente, lo referido a la contraprestación. De una mirada preliminar, tal como señaló el CCO, se puede advertir que la diferencia principal estaría referida al **aspecto cronológico**, en tanto el mandato no puede obligar a cumplir sus disposiciones con retroactividad; mientras que el CCO de OSIPTEL podría evaluar las discrepancias de las partes desde la suscripción del Contrato hasta antes de la emisión del mandato.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el caso de AZTECA y ENEL es *sui generis*, toda vez que en el fondo existe un punto común que el CD y las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL tenían que interpretar para ejercer sus competencias: determinar el correcto valor del factor “Na” de la Metodología. En otras palabras, el CD, para modificar las condiciones económicas de la retribución mensual del Contrato de Compartición, tenía que interpretar el factor “Na” de la Metodología; por su parte, el CCO y el TSC también tenía que interpretar el factor “Na” de la Metodología para poder ejercer su función de solución de controversias y resolver si la contraprestación fijada excedía el tope permitido.

Así, si bien ambas instancias contaban con las competencias legales establecidas para cumplir sus funciones respectivas, **la interpretación del factor “Na” de la Metodología representa el punto en común sobre el cual tanto el CD como las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL podían ocasionar una duplicidad en la interpretación de una misma cuestión normativa**. Ello se debe, a nuestro parecer, a que el procedimiento de emisión de mandatos del CD de OSIPTEL tiene la naturaleza de un PAT; es decir, en el fondo, busca conciliar la falta de negociación entre las partes. Por su parte, la resolución que resuelve la controversia entre AZTECA y ENEL por el CCO o el TSC, busca también conciliar una controversia específica.

Si bien es importante recalcar que pueden generarse doble vías de interpretación sobre una misma disposición en el ejercicio de ambas funciones, en el caso concreto, se tiene que ENEL demandó en la vía contenciosa la posibilidad de que el CD modificara las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, con lo cual, el órgano judicial no evaluaría las cuestiones sobre la interpretación de los valores que determinan la contraprestación entre ambas partes; es decir, se restringiría a evaluar la competencia del CD para modificar Contratos de Compartición.

En ese sentido, podemos concluir que si existe una diferencia principal entre la función normativa referida a la emisión de mandatos y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la LBA y su Reglamento; mientras que el mandato tiene la capacidad de modificar las condiciones económicas de un Contrato de Compartición, la función de solución de controversias no intenta modificar una relación jurídica, sino que intenta resolver una cuestión específica entre las partes en virtud del Contrato de Compartición y hasta antes de la emisión del mandato.

- 3. Problema principal:** ¿Es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del denominador “Na” previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha?

El tercer problema principal está referido a evaluar si es posible determinar jurídicamente cuál es el valor del denominador “Na” previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del RLBA. En ese sentido, se realizará un análisis que parta por evaluar si era posible para las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL y las partes (AZTECA y ENEL) determinar el valor del “Na”.

- 3.1. Problema secundario:** ¿Las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos y documentos legales vinculados al Reglamento de la Ley de Banda Ancha?

Uno de los aspectos más importantes de la relación de compartición de infraestructura que se establece bajo el régimen de la LBA y su reglamento, es el relativo a la retribución económica que se debe pagar al titular de la infraestructura que permite el acceso y uso de la misma para el despliegue de las redes de telecomunicaciones.

Tal es así, que la Metodología contenida en el Anexo 1 del RLBA, establece la fórmula que determina la contraprestación periódica mensual. Dicha la fórmula establece que el operador de telecomunicaciones debe pagar el importante resultante de la suma de diversos factores establecidos en la Metodología.

Ahora bien, la discusión principal que llevó a AZTECA y ENEL a la presente controversia, se originó debido a una interpretación divergente respecto del valor del denominado “Na” (número de arrendatarios) establecido dentro del factor “B” que

distribuía los costos solo entre los arrendatarios. Así, para AZTECA, se le habría asignado un valor erróneo igual a uno (1), pese a que tendría un valor igual a tres (3), el cual producía que esta empresa pague una retribución por encima del tope establecido por la fórmula; ENEL por su parte, señalaba que el valor del “Na” siempre había sido igual a uno (1), es decir, un “Na” igual al número efectivo de arrendatarios.

Cabe señalar, que la referencia al denominador “Na” se encuentra en la definición del factor “B” de la Metodología, en los siguientes términos:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:
(...)
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
B = 1/Na.
Donde Na: número de arrendatarios.

Como se puede apreciar, para la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología el “Na” se define como el “número de arrendatarios”, el cual forma parte del factor “B” que permite la distribución de costos solo entre los arrendatarios. Sin embargo, la referida Metodología no establece un valor expreso al “Na”, por lo que las autoridades de solución de controversias decidieron determinar su valor a partir de los antecedentes normativos del RLBA y todos los documentos legales vinculados a la fórmula contenida en la Metodología.

Lo mencionado tiene pleno asidero en el artículo 86 del TUO de la LPAG que establece el deber de las autoridades en los procedimientos administrativos de interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen. Dicha interpretación de las normas administrativas tendrá especial relevancia cuando estas no sean claras y expresas en su definición, por lo cual los tribunales administrativos en sus resoluciones deberán realizar una actividad interpretativa que atienda a la finalidad pública de dichas normas.

Sobre el particular, Muñoz Machado señala que *“la jurisprudencia cumple un papel decisivo para la concreción y fijación de reglas de Derecho cuando la norma no es muy clara”* (2017, p. 55), por lo cual es válido que la administración pública establezca reglas

a partir de normas que no resultan ser muy precisas, manteniendo como parámetro la finalidad pública.

Ahora bien, para la determinación del valor del “Na” no resultaba suficiente realizar una interpretación gramatical de la disposición normativa, puesto que la denominación “Número de arrendatarios” puede estar sujeta a una variedad de significados: número de arrendatarios que utilizan la infraestructura, número de arrendatarios que puede soportar la infraestructura o el número de arrendatarios que asumió independientemente el MTC para elaborar la norma.

En relación a ello, para Rubio y Arce (2017), *“es recomendable que el intérprete utilice todos los métodos de interpretación en cada procedimiento de interpretación para que tenga una visión completa de las diferentes interpretaciones y elija la más correcta de todas”* (p. 112), lo cual parte por realizar un análisis integral que todos los documentos y normas legales que hacían referencia al valor “Na” establecido en la Metodología

En tal sentido, correspondía que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL, utilizaran otros métodos de interpretación que permitieran determinar el valor del “Na” de la Metodología. Así, a partir del procedimiento de interpretación realizado, tal como se desprende de los hechos de este Informe, tanto el CCO como el TSC le dieron un valor e interpretación distinto a los documentos legales que presentaron las partes para defender sus posturas, lo cual determinó que el CCO concluyera que el “Na” era igual a uno (1), mientras que para el TSC el “Na” era igual a tres (3).

Así, en primer lugar, **respecto del Informe N° 251-2013-MTC/26** (en adelante, Informe 2013), AZTECA sostenía que del contenido del citado Informe se desprendía que existía una relación entre la variable “f” y el denominador “Na”, lo cual permitiría concluir que el valor del “Na” era igual a tres (3).

Al respecto, el CCO determinó que no existía un vínculo indesligable entre los valores de la variable “f” bajo los criterios de espacio y peso empleados, toda vez que el MTC no había realizado una referencia expresa al denominador “Na” en la construcción de la variable “f”.

Por su parte, el TSC señaló que el parámetro “f” y el “Na” sí tenían relación en la fórmula porque forman parte de dos (2) componentes que se encuentran **directamente vinculados con los costos que deben ser distribuidos por las empresas de telecomunicaciones como contraprestación periódica.** A mayor abundamiento, la variable “f” es un

componente de la variable “OMc”, que representa **el costo adicional en el incurre una empresa eléctrica por compartir su infraestructura**, mientras que el “Na” es un componente del factor “B”, que permite **distribuir el costo adicional entre los arrendatarios**. Para tal efecto, se puede observar lo siguiente:

$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$

Donde:
(...)
OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
B = 1/Na.
Donde Na: número de arrendatarios.

➔

$OMc = f \times OMs$

Donde:
f : 20%
OMs : Costo mensual OPEX sin compartición (...).

En tal sentido, como el **valor de “f”** es 20% y representa el costo de operación y mantenimiento adicional en el que incurre la empresa eléctrica como consecuencia de la compartición, el cual fue dimensionado considerando el espacio y peso que generarían tres (3) cables de fibra óptica, se podría advertir que el “Na” era igual a tres (3). De esta manera, la contraprestación resultante de aplicar la fórmula retribuye el costo generado por un cable de comunicación, independientemente del número de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número que la infraestructura pueda soportar. (2020, f. 79 y 88). Una interpretación contraria, resultaría en que una empresa de telecomunicaciones que despliegue un (1) solo cable de fibra óptica, asuma el costo total dimensionado para tres (3) cables de fibra óptica.

Por lo mencionado hasta aquí, se puede advertir que la posición del CCO no partió por realizar una interpretación de toda la fórmula de la Metodología, así como tampoco tomó en cuenta la finalidad de los valores incluidos en ella para llegar a interpretar el verdadero valor del “Na”; por el contrario, buscó una referencia expresa de dicho valor en el Informe 2013. Por su parte, el TSC, a partir del análisis del factor “f”, pudo determinar cuál era el valor del “Na” sin limitarse a la literalidad de lo que estipulaba el Informe 2013 y, a su vez, asumiendo cuales serían las consecuencias jurídicas de que se asuma un “Na” igual a uno (1).

Por otro lado, respecto a la supuesta falta de carácter normativo del Informe 2013, el TSC señaló que no era relevante verificar si los documentos presentados califican como normativos, pues era parte de actividad interpretativa de la Administración y, una

interpretación contraria, significaría que no podrían valerse de otros documentos como exposiciones de motivos (2020, f. 45).

En efecto, el carácter normativo de un antecedente o documento legal no determina su inclusión dentro de la actividad interpretativa de las autoridades administrativas. De lo contrario, ello supondría que las autoridades no pueden utilizar el método de interpretación histórica, el cual permite “*revisar la evolución de la norma en el tiempo, a fin de determinar qué fue lo que el legislador quiso corregir, aclarar, evitar o consagrar con expedición*” (Zusman, 2018, p. 174). Cabe indicar que, mediante el Informe 2013, el MTC proyectó una evaluación del proyecto del RLBA donde se evaluó los comentarios de los interesados al proyecto normativo, por lo que era relevante su inclusión en el análisis del presente caso.

Ahora bien, respecto de los informes y exposición de motivos de los proyectos de modificación de la Metodología que no fueron aprobados, el CCO indicó que, tanto la exposición de motivos que se sustentó en la RVM 215 y los otros proyectos de modificación de la Metodología (sustentados en los Informes 040 y 256) permitían inferir que el valor del “Na” fue concebido en el año 2013 como número efectivo de arrendatarios. Por su lado, el TSC indicó que los documentos citados por el CCO se sustentaron en proyectos normativos que no fueron aprobados, sino que se sometieron a evaluaciones, comentarios y modificaciones que dieron lugar a la emisión de la RMV 768, cuyo sustento se encuentra en el Informe 292. En ese sentido, el TSC consideró que no era posible atribuirles carácter concluyente a dichos documentos, toda vez que se sustentaron en proyectos de modificación que nunca entraron en vigencia.

Por otro lado, respecto de la RMV 768 y el Informe N° 292, el TSC consideró que carecía de importancia determinar si la RMV ostentaba condición de norma interpretativa del valor del “Na” y su carácter modificatorio de los valores “f” y “m”, dado que la importancia de aquella resolución radica en el Informe 292 que le sirve de sustento y ratifica la correcta interpretación de la Metodología con un “Na” igual a tres (3).

Sobre los Oficios del MTC de setiembre (579) y octubre de 2017 (520), se puede advertir que en el primero – emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (DGRAIC) - determinó un “Na” igual a uno (1), mientras que el segundo – emitido por el Viceministro de Comunicaciones- señaló un “Na” igual a tres (3). En su análisis, el CCO consideró que tanto la DGRAIC y el

Viceministro no contaban con la facultad de atender consultas técnico normativas, por lo que dichos oficios no constituían documentos vinculantes del órgano facultado en el MTC para interpretar el valor del “Na”. Por su parte, el TSC consideró que el Oficio 520 se encuentra en línea con el Anexo 1 del RLBA; mientras que el Oficio 579 era cuestionable a la luz de la interpretación realizada sobre los alcances de la fórmula, así como que éste fue emitido por un órgano inferior al Viceministerio de Comunicaciones. Así también, el TSC advirtió que el Oficio 520 fue emitido con el visto del órgano que emitió el Oficio 579, por lo que se pudo inferir que éste adecuó su posición.

Tal como se puede apreciar del análisis realizado por ambas instancias para la determinación del valor “Na” en la controversia, es posible advertir que tanto el CCO y el TSC aplicaron el principio de verdad material al haber verificado y analizado todos los medios probatorios puestos a su disposición por las partes para llegar a resolver una materia que involucra el interés público. Ello resulta válido, pues en la legislación administrativa no se contempla un *numerus clausus* de medios probatorios, sino de “apreciación razonada al interior de la Administración”, lo cual implica que la Administración aprecie los medios probatorios de manera integral en el procedimiento administrativo tales como antecedentes y documentos, aplicando el principio de verdad material (Martín, 2021, p. 513).

Sin embargo, la diferencia entre ambas instancias estuvo relacionada al valor jurídico que le dieron a los documentos legales descritos, así como la intensidad en la utilización de métodos de interpretación jurídica.

En esa línea, resulta importante destacar que la interpretación de los documentos legales realizada por el TSC, no responde a la discrecionalidad de la autoridad administrativa de darle una interpretación A o B a la norma, sino más bien a un deber de ir más allá del texto literal de la misma, con la motivación jurídica correspondiente de porqué eligió cualquiera de las posibilidades advertidas.

En consecuencia, se puede indicar que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL sí pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos y documentos legales vinculados al RLBA, toda vez que en virtud del principio de verdad material y el deber de interpretación que la Administración pública ostenta para resolver controversias, la autoridad contaba con los medios probatorios suficientes para determinar el valor del “Na”.

3.2. Problema secundario: ¿Era posible para las partes determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” establecido en la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha al momento de la suscripción del Contrato de Compartición?

De acuerdo a lo expuesto en el numeral 3.1, las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL si podían determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” a partir de antecedentes no normativos y documentos legales relacionados al RLBA. Sin embargo, cabe cuestionar, si era posible para las partes determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” establecido en la Metodología al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, toda vez que, conforme con el inciso b), numeral 30.2 del artículo 30 de la LBA, constituye infracción administrativa incumplir con aquellas disposiciones que se emitan sobre la contraprestación.

Tal como se ha señalado previamente, el Anexo 1 del RLBA establecía la Metodología para determinar la contraprestación periódica por acceso y uso de infraestructura; no obstante, el valor del denominador “Na” que se encontraba dentro del valor “B” de la referida fórmula, no era expreso ni determinable dentro de los márgenes de interpretación del reglamento.

Sobre el particular, resulta importante señalar que la indeterminación numérica del valor “Na” dentro de la fórmula establecida por el RLBA, puede concebirse como una vulneración al principio de tipicidad, a partir del cual, de acuerdo al numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, solo constituyen conductas sancionables aquellas infracciones previstas *expresamente* en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales. En el presente caso, la conducta infractora establecida en la LBA señalaba como infracción “*incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación*”, lo que permitir remitirse a otras disposiciones, específicamente, al RLBA, que estableció la Metodología para determinar la contraprestación. Por tanto, el incumplimiento de lo dispuesto en la Metodología configuraría como infracción administrativa.

Ahora bien, en tanto el incumplimiento de lo dispuesto en la Metodología es el objeto de la conducta infractora, correspondería analizar si la fórmula dentro de esta se enmarcaba dentro del principio de tipicidad. De manera preliminar, resulta pertinente preguntarse si el cumplimiento del principio de tipicidad puede ser exigible a una fórmula que determina una contraprestación, toda vez que la misma puede estar compuesta de valores que pueden

variar o ser fijos; es decir, no sería siempre posible que una fórmula esté compuesta de valores expresos.

Al respecto, cabe indicar que la fórmula de la Metodología está compuesta por valores fijos predeterminados (como el factor $f=20\%$) o que son determinables (TP= costo de las torres o postes regulados del sector energía). Sin embargo, tal como ha sido expuesto, el valor “Na” referido al número de arrendatarios no está señalado taxativamente o es deducible de la misma norma. Incluso las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL llegaron a determinar que el valor del “Na” era igual a tres (3) después de un margen de interpretación de diferentes antecedentes y documentos legales.

En ese sentido, si a través del análisis del Informe 2013, era posible indicar que el valor del “Na” siempre tuvo un valor predeterminado, cabe cuestionar porqué el MTC no lo indicó de manera expresa en la Metodología, puesto que independientemente del número de arrendatarios, el valor siempre sería tres (3) y no habría fundamento para dejar que el “Na” se interpretara indiscriminadamente dentro los significados que puede tener la disposición “*número de arrendatarios*”. En otras palabras, si es posible establecer que existía un deber en la tipificación expresa del valor “Na”, toda vez que no era un valor con múltiples variables, sino un valor predeterminado de acuerdo al modelo regulatorio establecido por el MTC.

En esa línea, la Metodología establecida en el RLBA, vulneró el principio de tipicidad, al no haber establecido un valor expreso al “Na”, aun cuando la misma autoridad competente habría predeterminado su valor en virtud del modelo regulatorio empleado. Dicha inexactitud del valor ocasionó que las partes establecieran una contraprestación por encima del tope máximo.

Por otro lado, resulta pertinente acotar que el único documento legal que, a través de la interpretación de todos los valores de la fórmula, podía advertir que el “Na” era igual a tres (3), estaba plasmado en un Informe, el mismo que no se encontraba dentro del ordenamiento jurídico peruano ni era de obligatorio conocimiento para las partes al momento de la suscripción del Contrato. Sobre este punto, es importante señalar que los Informes emitidos por el MTC no tienen calidad normativa, toda vez que no han seguido el procedimiento exigido por el Reglamento que establece disposiciones relativas a la Publicidad de Normas Legales, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.

Lo mencionado hasta ahora, permite advertir que el RLBA emitido por el MTC indujo a error tanto a AZTECA y ENEL, toda vez que, al tener una disposición administrativa confusa, las partes aplicaron erróneamente el valor “Na”, ocasionando que se incumpla con el tope máximo que buscaba salvaguardar la fórmula de la Metodología.

Así, vale destacar que de acuerdo al literal e), numeral 1, del artículo 257 del TUO de la LPAG, constituye eximente de responsabilidad el error inducido por la Administración o por **disposición administrativa confusa** o ilegal. De acuerdo a Baca, acreditar el segundo supuesto puede ser discutible, toda vez que sería necesario acreditar el carácter invencible del error ,y las disposiciones confusas podrían no ser suficientes para lograrlo (2019, p. 328).

A mayor abundamiento, el Informe N° 1056-2019-SERVIR/GPGSC, emitido por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, indicó que el segundo escenario del citado eximente refiere al *“error inducido a través de un cuerpo normativo, que si bien es emitido por la autoridad competente, contiene disposiciones defectuosas por generar confusión respecto a la licitud o no de una actuación, o ser manifiestamente contrarias a derecho”* (SERVIR 2019, p. 4). En la misma línea, Morón (2017) expresa que el supuesto contemplado por la LPAG refiere a un error de derecho mediante el cual se conduce al administrado por un conjunto normativo defectuoso que resulta impreciso en su contenido y lo lleva a la confusión.

A partir de lo expuesto, se puede evidenciar que AZTECA y ENEL, al momento de suscribir el Contrato de Compartición, fueron inducidas a error por un cuerpo normativo confuso, específicamente, una Metodología que no tenía establecido de manera expresa el valor del “Na” y sobre la cual las partes interpretaron su valor sin prever que, al aplicar un “Na” igual a uno (1), se encontrarían dentro de una conducta ilícita al aplicar erróneamente la Metodología.

Sin perjuicio de ello, de iniciarse un procedimiento administrativo por el OSIPTEL, tanto AZTECA como ENEL tendrían la carga de la prueba dirigida a sostener que no pudieron advertir que el “Na” era igual a tres (3), a pesar de ser empresas con alto grado de capacidad técnica. En ese sentido, la actuación probatoria de ambas empresas tendría un rol fundamental para aplicar el eximente de responsabilidad en el procedimiento sancionador.

Por lo expuesto, es posible advertir que no era posible para las partes determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” establecido en la Metodología del RLBA al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, toda vez que dicho valor no se encontraba establecido de manera expresa en la Metodología ni se podía colegir que su valor era igual a tres (3) a partir del RLBA.

VI. CONCLUSIONES

Respecto del primer problema jurídico principal, se concluye que las controversias generadas por las discrepancias sobre las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el marco de un Contrato de Compartición no pueden ser resueltas por un Tribunal Arbitral, toda vez que el OSIPTEL cuenta con competencia previa y exclusiva para su resolución basada en el interés público que ostentan las disposiciones de regímenes como el establecido en la LBA y su reglamento. Asimismo, la decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia no es vinculante a las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL para resolver una excepción de convenio arbitral, toda vez que el análisis debe estar centrado en: i) evaluar la existencia del convenio arbitral, de acuerdo al artículo 16 de la Ley de Arbitraje y, ii) determinar si la materia reclamada es competencia del OSIPTEL.

Por otro lado, respecto del segundo problema jurídico principal, se concluye que no es necesario el pronunciamiento previo del Poder Judicial respecto de la legalidad del Mandato de Compartición para que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL resuelvan la controversia, toda vez que i) no existe conflicto con la función jurisdiccional de acuerdo al artículo 75 del TUO de la LPAG y ii) se ha demostrado que existe diferencia entre la función normativa relativa a la emisión de Mandatos y la función de solución de controversias del OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura bajo el régimen de la LBA y su reglamento.

Finalmente, respecto del tercer problema jurídico principal, se concluye que las autoridades de solución de controversias del OSIPTEL si pueden determinar jurídicamente cuál es el valor del “Na” a través de los antecedentes no normativos y documentos legales vinculados al RLBA, toda vez que en virtud del principio de verdad material y el deber de interpretación que la Administración pública ostenta para resolver controversias, la autoridad contaba con los medios probatorios suficientes para determinar el valor del “Na”. Sin embargo, se advierte que tanto AZTECA como ENEL, no podían determinar jurídicamente cuál era el valor del “Na” al momento de suscribir el

Contrato de Compartición, ya que dicho valor no se encontraba establecido de manera expresa en la Metodología ni se podía colegir que su valor era igual a tres (3) a partir del RLBA.

REFERENCIAS

Doctrina

Baca, V. S. (2019). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, 313-344.

Bustillo Bolado, R. (2010): *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Aranzadi, Navarra (3ª Ed.).

Figuerola, J. E. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. En: *Revista Arbitraje PUCP*, 71-81.

Escudé, V. M. E. (2012). El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39, 101-164.

Floríndez, F. J. (2021). *¿Crisis en los Organismos Reguladores? El ocaso de la facultad de solución de controversias ante el avance de la jurisdicción arbitral* [Trabajo para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

García Pérez, M. (2011). *Arbitraje y derecho administrativo* (1era ed.). Aranzadi Thomson Reuters.

Gómez, H. (2011). El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? . En: *Revista de Derecho Administrativo*, 10, 15-42.

González, J. L. (2012). La prejudicialidad penal en el arbitraje. En: *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones.*, 5(1), 121-148.

La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). El Arbitraje. En: *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (Vol. 33, pp. 115-139). Fondo Editorial de la PUCP.

Martín, R. (2001). El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *Revista Derecho & Sociedad*, 17, 221-234.

Martín, R. (2002). Análisis de la «función normativa» de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: Subsidiariedad y solidaridad. En: *Revista IUS ET VERITAS*; Núm. 24 (2002). <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/122646>

Martínez, R., Iglesias, E., & García, A. (2020). *Transformación digital: Compartición de infraestructura en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0002903>

Matheus, C. (2009). La independencia e imparcialidad del árbitro. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444*. Gaceta Jurídica.

Muñoz Machado, S. (2015). Las Patologías del Sistema Normativo Escrito y el Problema del Conocimiento del Derecho Vigente. En: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general: Tomo IV El Ordenamiento Jurídico*. (4ta ed.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Muñoz Machado, S. (2017). Dinámica de la atribución y reasignación de las competencias administrativas. En *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*

General: Tomo X La Administración del Estado. (2da ed.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Rubio, M., & Arce, E. (2019). *Teoría Esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano* (1a ed.). Fondo Editorial PUCP.

Soto Coaguila, C. (2011). Contenido y forma del convenio arbitral. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I* (1era ed., pp. 147-198). Instituto Peruano de Arbitraje.

Trayter, J. M. (1997). El Arbitraje de Derecho Administrativo. En: *Revista de Administración Pública*, 143, 75-106.

Vignolo, G. (2020). ¿Los mandatos de los Organismos Reguladores? son actos administrativos o son reglamentos? En: *Forseti Revista de derecho*, 8(11), 69-83.

Villar, F. J. (2004). *Las Instalaciones Esenciales para la Competencia: Un Estudio de Derecho Público Económico*. Editorial Comares.

Zusman, S. (2018). *La interpretación de la Ley. Teorías y métodos* (1a ed.). Fondo Editorial PUCP.

Informes

Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia. (2021). *Informe N° 00110-DPRC/2021* (pp. 1-11) [Informe Legal]. OSIPTEL.

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia. (2018a). *Informe N° 00057-GPRC/2018* (pp. 1-200) [Informe Legal]. OSIPTEL.

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia. (2018b). *Informe N° 00161-GPRC/2018* (pp. 1-40) [Informe Legal]. OSIPTEL.

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil (2019). *Informe Técnico N° 1056-2019-SERVIR/GPGSC* (pp. 4) [Informe Técnico]. SERVIR.

Sentencia

Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC (2006, 28 de febrero) Tribunal Constitucional

Normas

Decreto Legislativo N° 295, Código Civil (Poder Ejecutivo, 1984). *Separata Especial*, 25 de julio.

Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1993). *Diario Oficial El Peruano*, 2 de junio.

Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 (Congreso de la República, 2000). *Diario Oficial El Peruano*, 29 de julio.

Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (Congreso de la República, 2000). *Diario Oficial El Peruano*, 5 de agosto.

Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Presidencia de Consejo de Ministros, 2001). *Diario Oficial El Peruano*, 2 de febrero.

Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (Congreso de la República, 2004). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de julio.

Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Poder Ejecutivo, 2008). *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio.

Reglamento que establece disposiciones relativas a la Publicidad, Publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de enero.

Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Ley N° 29904 (Congreso de la República, 2012). Diario Oficial El Peruano, 20 de julio.

Reglamento de la Ley de N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ministerio de Transportes, 2013). Diario Oficial El Peruano, 4 de noviembre.

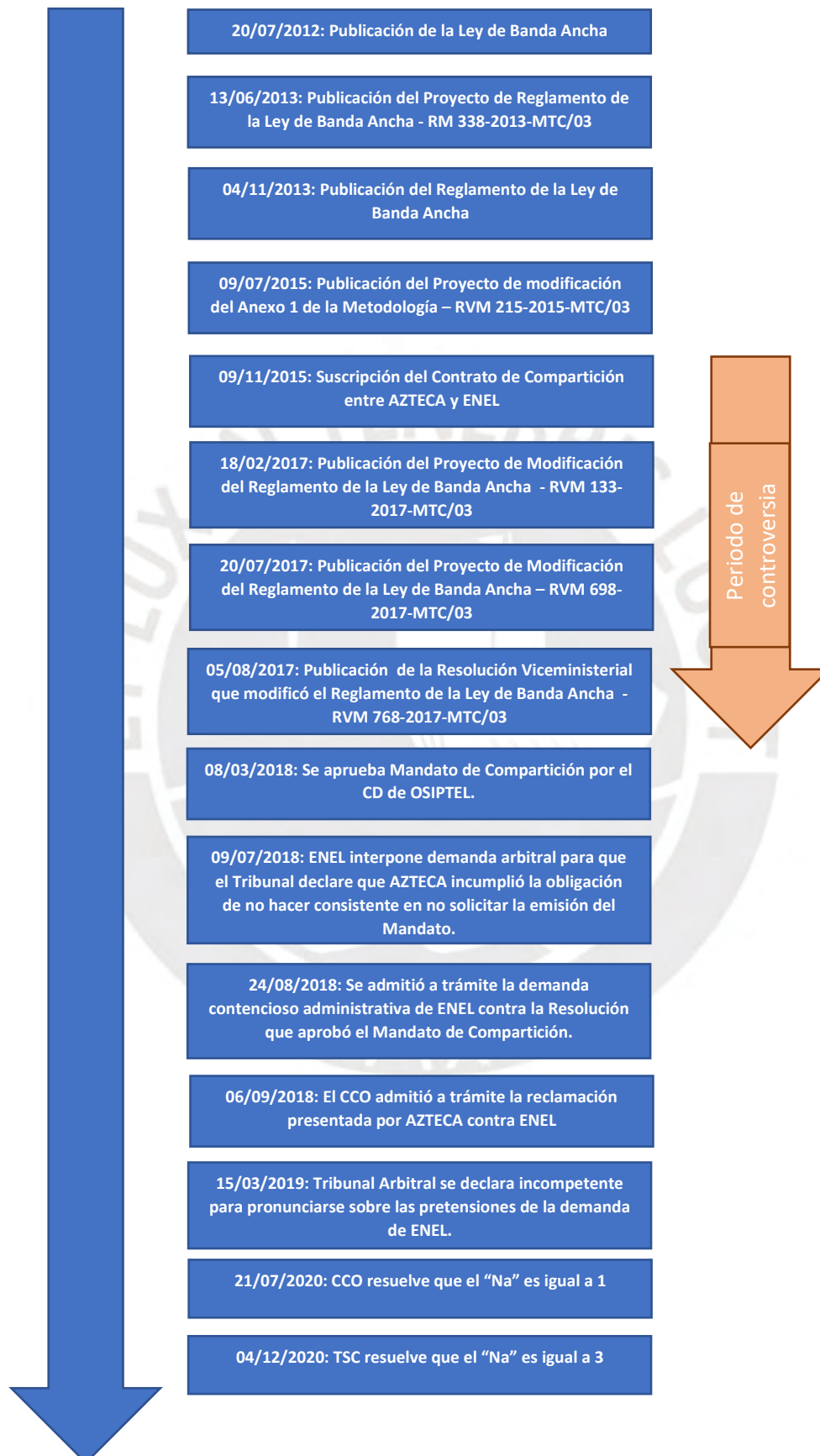
Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (Ministerio de Transportes, 2017). Diario Oficial El Peruano, 5 de agosto.

Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). Diario Oficial El Peruano, 25 de enero.

ANEXO

Anexo 1: Cronología de la normativa referida al Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y hechos relevantes del caso.

Anexo 1: Cronología de la normativa referida al Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y hechos relevantes del caso



17706-2018/Esu

DJ-1535/18

Escrito No. : 1
Sumilla : Presentamos
reclamación

RECIBIDO

2018 AGO 23 PM 12: 56

OSIP.TEL

SEÑORES MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA"), con Registro Único de Contribuyentes No. 20562692313, con domicilio en Av. 28 de Julio No. 1011, piso 5, Miraflores, Lima, debidamente representada por el señor André Marcel Robilliard Escobal, identificado con DNI No. 41509300, según poderes inscritos en el Asiento C00020 de la Partida Electrónica No. 13239517 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima. atentamente decimos:

Que, de conformidad con el literal e) del artículo 3.1 de la Ley No. 27332, Ley de Organismos Reguladores y el artículo 36 de la Ley No. 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, el OSIPTEL es el organismo regulador competente para ejercer la función de solución de controversias, **buscando conciliar intereses contrapuestos** entre empresas bajo su ámbito de competencia o resolver los conflictos suscitados entre éstos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; así como para conocer **toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.**

Que, el literal f) del artículo 53 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, y el literal f) del artículo 2 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 136-2011-CD-OSIPTEL (el "Reglamento de Solución de Controversias"), establecen que OSIPTEL es **competente para resolver controversias que surjan ente empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.**

Que, a la fecha, AZTECA mantiene una controversia con **Enel Distribución Perú S.A.A. ("ENEL")**, en tanto dicha empresa ha venido exigiendo desde el inicio de la relación de compartición, en razón al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el "Contrato de Compartición"), celebrado el 9 de noviembre de 2015, el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior a la máxima que puede cobrarse por uso compartido de infraestructura, de acuerdo con lo establecido en la Ley No. 29904 - Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (la "Ley de Banda Ancha") y su



Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "Reglamento"). Es más, incluso ENEL previó contractualmente que la referida retribución (que excede a la máxima imperativa prevista legalmente) debía mantenerse, sin sufrir modificaciones, por un periodo de tres (3) años.

Que, el Consejo Directivo de OSIPTEL ha emitido la Resolución de Consejo Directivo No. 063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018 (el "Mandato")¹, sustentada en el Informe No. 00057-GPRC/2018 del 28 de febrero de 2018 (el "Informe"). En dicho Mandato, el Consejo Directivo ordenó **modificar la contraprestación por uso compartido de infraestructura** fijada inicialmente en el Contrato de Participación, dado que la retribución exigida por ENEL no se ajustaba al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la "Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos" (la "Metodología") consignada en el Anexo 1 del Reglamento. Asimismo, el Consejo Directivo ordenó modificar el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Participación, referida a la contraprestación, eliminando la condición de que la retribución mensual fijada contractualmente tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

Que, considerando que el Mandato no tiene efectos retroactivos y que ha generado certeza con respecto a que: (i) la contraprestación que AZTECA ha venido abonando a ENEL desde el inicio de la relación de participación ha sido al menos tres (3) veces superior al máximo legal, en tanto se aplicó un valor incorrecto del denominador "Na" de la Metodología, así como que (ii) someter a una vigencia mínima de tres (3) años al monto pactado como contraprestación resulta contrario al ordenamiento jurídico, **presentamos una RECLAMACIÓN contra ENEL², solicitando que se nombre a un Cuerpo Colegiado Ad Hoc para que tramite y resuelva la presente controversia.**

I. PETITORIO

- 1.1. Mediante la presente reclamación, formulamos como nuestra primera pretensión principal que se declare que **la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 de Contrato de Participación excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA**. Ello, toda vez que el monto pactado inicialmente fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología, puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador "Na" (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3), como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.

¹ El Mandato fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 16 de marzo de 2018.

² ENEL se encuentra identificado con RUC No. 20269985900, con domicilio fiscal en Calle César López Rojas No. 201, urbanización Maranga (séptima etapa), distrito de San Miguel.

- 1.2. En atención a lo expuesto, solicitamos como pretensión accesoria de la primera pretensión principal, que se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a **US\$ 595,126.93** que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato. Ello, toda vez que obtener la devolución de todo lo pagado en exceso constituye un derecho de AZTECA, en tanto cualquier cobro como contraprestación por encima del máximo legal constituye una ganancia ilegal para ENEL, pues obedece a una vulneración del marco normativo imperativo.
- 1.3. De otro lado, como segunda pretensión principal, solicitamos que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL. Ello, toda vez que constituye un pacto contrario a la normativa imperativa vigente en uso compartido de infraestructura. Cabe destacar que la ilegalidad de dicho pacto ha sido reconocida por el Consejo Directivo, quien en su Mandato modificó la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, eliminando la exigencia de que la retribución mensual fijada contractualmente tenga una vigencia mínima de tres (3) años.

A continuación, expondremos los argumentos de hecho y de derecho que sustentan nuestro Petitorio.

II. HECHOS RELEVANTES EN LA RELACIÓN DE COMPARTICIÓN ENTRE AZTECA Y ENEL

- 2.1. AZTECA es la empresa concesionaria del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro" ("Red Dorsal" o "Proyecto")³, que consistió en desplegar aproximadamente 13,500 km. de red de fibra óptica con el fin de proveer servicios de Banda Ancha de grandes capacidades y alta velocidad a lo largo de todo el país. El referido proyecto fue desarrollado bajo el marco de la Ley de Banda Ancha, que en su artículo 3 declaró de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura eléctrica con la finalidad de facilitar el despliegue de la Red Dorsal, creando una obligación legal de "compartición" de infraestructura a cargo de las referidas empresas eléctricas⁴.

³ El Proyecto fue adjudicado el 23 de diciembre de 2013 al consorcio conformado por TV Azteca S.A.B. de C.V y Tendai S.A. de C.V (ambas sociedades mexicanas), las cuales constituyeron en el Perú a AZTECA. para que ésta asuma el desarrollo del mismo. AZTECA suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el respectivo Contrato de Concesión 17 el junio de 2014.

⁴ Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional
Declaráanse de necesidad pública e interés nacional:
(...) ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coticación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la

- 2.2. En esa línea, el artículo 13 de la Ley de Banda Ancha dispuso que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica tienen la obligación de proveer, tanto el acceso como el uso de su infraestructura a favor de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo especialmente a los operadores de Banda Ancha. Entre otras condiciones, los referidos concesionarios de energía eléctrica tendrían derecho a recibir contraprestaciones periódicas, determinadas conforme a la Metodología que fuera establecida en el Reglamento de dicha ley⁵.
- 2.3. Precisamente, el artículo 30 del referido Reglamento, prevé que el operador de servicios de Banda Ancha que acceda y use la infraestructura de concesionarios de energía eléctrica debe remunerar periódicamente al concesionario eléctrico, abonando **como máximo**, aquella suma resultante de aplicar (correctamente) la Metodología.

"Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

30.1 El acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos, será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.

30.2 La contraprestación inicial única considerará la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico o de hidrocarburos para prestar el acceso y uso a su infraestructura, y las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

(...)

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de

finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil." (énfasis y subrayado agregados)

⁵ *"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. (...)

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

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

Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas." (Subrayado y énfasis agregado)

- 2.4. En ese sentido, resulta claro que **la contraprestación por el uso compartido de la infraestructura eléctrica no es un aspecto sobre el que las partes puedan pactar libremente sin restricciones**, sino que depende estrictamente de lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que: (i) fija un precio máximo que limita el monto que puede ser exigido como retribución, así como (ii) prevé que los valores de la Metodología que determinan la máxima contraprestación exigible pueden ser modificados en el tiempo, por lo que no es jurídicamente posible pactar contractualmente que la retribución no cambiará por un determinado periodo. Conforme al marco jurídico vigente, **las partes no pueden establecer un valor de contraprestación por encima del tope regulatorio, y menos aún pactar que dicho monto no podrá modificarse por un plazo fijado contractualmente**. En ese sentido, todo acuerdo que contradiga este mandato legal será **inexigible**.
- 2.5. Bajo el marco normativo antes descrito, el 9 de noviembre de 2015, AZTECA suscribió con ENEL el Contrato de Compartición, fijando una contraprestación mensual por el uso compartido de la infraestructura eléctrica de titularidad de ENEL⁶. Con respecto a la contraprestación a cargo de AZTECA, el Contrato de Compartición (modificado por el Mandato), preveía lo siguiente:

"Cláusula Cuarta: Retribución

(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.

⁶ Nótese que esta contraprestación aparentaba estar de acuerdo con la correcta aplicación de la Metodología; sin embargo, como detallaremos más adelante en este escrito, no fue así. Tardíamente, esto es, luego de suscrito el contrato con ENEL, AZTECA advirtió que la cláusula no se encontraba acorde a la citada Metodología. Por ello, AZTECA acudió al Consejo Directivo para que defina que la contraprestación exigible por el acceso a infraestructura eléctrica de ENEL en aplicación de la Metodología no debía exceder el precio máximo y que, en este caso, no se respetaba dicho precio. El Consejo Directivo acogió nuestro pedido y se pronunció al respecto mediante la emisión de un Mandato, como también detallamos más adelante en este escrito.

(...)

Anexo No. 1

Condiciones Económicas

En la contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica objeto del presente contrato, AZTECA pagará una retribución mensual a EDELNOR equivalente al valor mensual que resulte de la suma de las multiplicaciones de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el párrafo siguiente por el total de la infraestructura correspondiente que se esté utilizando. Asimismo, queda expresamente convenido entre las partes que EDELNOR tendrá el derecho de efectuar el cobro de la contraprestación correspondiente (remisión de la factura pertinente) a partir del momento en el cual AZTECA proceda a hacer uso efectivo de la Infraestructura Eléctrica retribución. AZTECA deberá cancelar la referida factura dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la misma.

(1) Retribución por el uso de la Infraestructura Eléctrica

<i>Nivel de Tensión</i>	<i>Renta Mensual (S/) sin incluir IGV</i>
<i>BT</i>	<i>S/ 5.92</i>
<i>MT</i>	<i>S/ 15.70</i>
<i>AT</i>	<i>S/ 177.32</i>

(2) Retribución por Factibilidad de uso de la Infraestructura Eléctrica

<i>Descripción</i>	<i>Valor total por factibilidad (S/) sin incluir IGV</i>
<i>Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en BT detallada en el Anexo No. 2 ($U \leq 1kV$)</i>	<i>S/ 80,000</i>
<i>Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en MT detallada en el Anexo No. 2 ($1kV < U \leq 35kV$)</i>	<i>S/ 85,000</i>
<i>Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en AT detallada en el Anexo No. 2 ($35kV < U \leq 230kV$) (Incluye la Ingeniería Básica y la emisión del presupuesto de adecuación de redes AT)</i>	<i>S/ 235,000</i>

EDELNOR emitirá y entregará a AZTECA dentro de los plazos establecidos en el presente Contrato para dicha finalidad, un informe de factibilidad de uso respecto de cada uno de los tipos de infraestructura eléctrica (baja, media y alta tensión).



Queda convenido que los montos de retribución antes señalados serán cancelados por AZTECA dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de entrega formal de los informes de factibilidad de uso a los que refiere el párrafo precedente."
(Subrayado y énfasis agregado)

- 2.6. El 5 de agosto de 2017, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "RVM"), que modificó las variables "f" y "m" de la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha⁷. Los cambios de los valores de "f" y "m" establecidos en la RVM tuvieron sustento en el Informe No. 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017, el cual desarrolló el razonamiento económico de la fórmula metodológica establecida por el MTC en el Reglamento, evidenciándose que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatarios. De este modo, AZTECA se percató que estaba realizando pagos por encima del precio máximo reglamentario, debido a que la forma como se había calculado la contraprestación en el Contrato de Compartición no se adecuaba a lo dispuesto en el marco regulatorio al que ambas partes estamos imperativamente sometidas, por que resultaba necesario que las partes acuerden la modificación de las contraprestaciones pactadas en los Contratos de Compartición.
- 2.7. En numerosas comunicaciones⁸, AZTECA solicitó a ENEL la adecuación de la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición con la finalidad de que no exceda el precio máximo que se determina en aplicación correcta de la Metodología; sin embargo, **ENEL dejó en claro que no tenía interés en que la retribución sea revisada y, menos aún, ajustada**⁹. Por ello, el 5 de octubre de 2017, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL (el "Consejo Directivo") la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura, con la finalidad de que se modifique la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición, a efectos de que se respete el precio máximo a que se refiere el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. Ello, en correcta aplicación de la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del referido Reglamento, lo que implicaba esclarecer que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3).
- 2.8. El 17 de enero de 2018, la Gerencia de Comunicación Corporativa nos corrió traslado de la Resolución de Consejo Directivo No. 010-2018-CD/OSIPTEL, del 11 de enero de 2018, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura (el "Proyecto de

⁷ Los motivos y razonabilidad detrás de dicho cambio se encuentran expuestas en el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metologia_M_v_F.pdf (revisado el 6 de agosto de 2018)

⁸ Ver: (i) Carta No. DJ-1258/17 del 21 de agosto de 2017; (ii) Carta No. DJ-1293/17 de 29 de agosto de 2017, y (iii) Carta No. DJ-1446/17 de 3 de octubre de 2017, anexas al presente escrito.

⁹ Ver: (i) Carta No. GC-IST-39050829 de 12 de septiembre de 2017, y (ii) Carta No. GC-IST-39180397 de 28 de septiembre de 2017, anexas al presente escrito.

Mandato"), el cual se encuentra sustentado en el Informe No. 00005-GPRC/2017, del 4 de enero de 2018, emitido por la Gerencia. En el Proyecto de Mandato, el Consejo Directivo señaló que **la contraprestación fijada en el Contrato de Participación excede el precio máximo legal**, en tanto el denominador "Na" de la Metodología tiene un valor igual a tres (3). Asimismo, el Proyecto de Mandato indicó que, exigir que la contraprestación tenga una vigencia mínima, impidiendo que pueda modificarse, resulta contrario al principio de "No Discriminación" y vulneraría la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento.

- 2.9. El 14 de marzo de 2018, fuimos notificados con la Resolución de Consejo Directivo No. 063-2018-CD/OSIPTEL, del 8 de marzo de 2018, a través de la cual el Consejo Directivo aprobó el Mandato sustentado en el Informe No. 00057-GPRC/2018, del 28 de febrero de 2018, emitido por la Gerencia. Dicho Mandato: (i) modificó la contraprestación del Contrato de Participación; (ii) precisó cuál es la forma correcta de aplicar la Metodología para determinar la contraprestación máxima legal (vigente desde la emisión del Reglamento, es decir, en el momento de la suscripción del Contrato de Participación), señalando que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3); y, (iii) modificó la Cláusula Cuarta del Contrato de Participación, eliminando la exigencia de que la retribución mensual fijada contractualmente tenga una vigencia mínima de tres (3) años.
- 2.10. Como consecuencia de que el Consejo Directivo ha reconocido, sin lugar a dudas, que el valor del denominador "Na" de la Metodología es igual a tres (3) en su Mandato, es evidente que, desde el inicio de la relación de participación con ENEL (9 de noviembre de 2015, fecha de suscripción del Contrato de Participación) hasta la emisión del Mandato (8 de marzo de 2018), AZTECA ha venido pagando una suma al menos tres (3) veces mayor a la contraprestación máxima exigible por uso de infraestructura eléctrica. Por ello, a la fecha, corresponde que ENEL **devuelva a AZTECA todo lo pagado en exceso como contraprestación por uso de su infraestructura**, desde la suscripción del Contrato de Participación hasta la emisión del mandato, motivo por el cual interponemos la presente reclamación.
- 2.11. Además, con la emisión del Mandato, el Consejo Directivo estableció claramente que la exigencia de mantener una contraprestación por un periodo determinado, prohibiendo su modificación en cualquier caso (sea por un cambio normativo, acuerdo de las partes o emisión de un mandato), resulta manifiestamente ilegal en tanto contraviene el principio de No Discriminación y la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento, que prevé la posibilidad de modificar las variables de la Metodología que determina la máxima contraprestación exigible. En consecuencia, corresponde que el Cuerpo Colegiado **declare inexigible la condición de mantener la contraprestación fijada en el**

Contrato de Participación con una vigencia mínima de tres (3) años en la relación de participación entre AZTECA y ENEL.

A continuación, desarrollaremos la fundamentación jurídica de nuestra reclamación, la cual demuestra que, de acuerdo a Derecho, corresponde que el Cuerpo Colegiado que se designe al efecto acoja nuestro pedido y ordene a ENEL la devolución del monto pagado en exceso del precio máximo aplicable al Contrato de Participación, así como declare inexigible la condición de mantener vigente por tres (3) años la contraprestación fijada en el Contrato de Participación.

III. ARGUMENTOS DE DERECHO

Nuestra reclamación tiene amparo en la normativa vigente sobre uso compartido de infraestructura, bajo la cual se suscribió el Contrato de Participación con ENEL. Por ello, con la finalidad de sustentar nuestra primera pretensión principal, así como la pretensión accesoria a la principal, se desarrollará a continuación: (i) la existencia de una contraprestación máxima exigida por el uso compartido de infraestructura que es de imperativo cumplimiento; (ii) la Metodología prevista por el MTC para determinar la máxima retribución exigible por las empresas eléctricas por el uso de sus torres o postes; y (iii) la necesidad de que el valor del denominador "Na" de la Metodología sea igual a tres (3), para que la retribución exigida no exceda el monto máximo fijado normativamente. Así pues, se podrá advertir con absoluta claridad que ENEL ha venido exigiéndonos una contraprestación muy superior al máximo permitido legalmente, por lo que corresponde que se le ordene la devolución de todo lo pagado ilegalmente.

Del mismo modo, a efectos de sustentar nuestra segunda pretensión principal, se demostrará que: (i) AZTECA y ENEL se encuentran impedidos de pactar en contra de lo previsto en la normativa imperativa vigente que rige en materia de participación de infraestructura; y, (ii) la condición de mantener durante tres (3) años la contraprestación fijada en el Contrato de Participación, prohibiendo que sea modificada como consecuencia de un cambio normativo, emisión de un mandato y acuerdo entre las partes, resulta manifiestamente ilegal en tanto contraviene el marco normativo vigente en uso compartido de infraestructura. De ese modo, demostraremos al Cuerpo Colegiado que la referida exigencia siempre fue inexigible entre AZTECA y ENEL.

3.1. Sobre la existencia de una contraprestación máxima imperativa por uso compartido de infraestructura

3.1.1. La Ley de Banda Ancha y su Reglamento disponen que el titular de la infraestructura eléctrica compartida recibirá contraprestaciones periódicas por parte del operador de telecomunicaciones, que tienen como objetivo remunerar el uso de la infraestructura que

comparten¹⁰. La normativa reconoce que la contraprestación debe incluir un margen de utilidad razonable y como máximo podrá exigirse el monto que se determine en aplicación de la Metodología establecida por el MTC en el Anexo 1 del Reglamento.

3.1.2. Con la regulación de la contraprestación, **el Estado busca que los concesionarios de energía eléctrica, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de controladores de la infraestructura existente, no tomen ventaja de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios en desmedro de la viabilidad del acceso y la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal**¹¹. En efecto, la exigencia de una contraprestación excesiva en estos casos implicará un encarecimiento injustificado del costo de la instalación de la fibra óptica, lo que en la práctica equivaldría a denegar o dificultar el acceso para la empresa de telecomunicaciones, con la consiguiente pérdida de bienestar para la sociedad. Además, la normativa busca evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, al imponer una contraprestación excesivamente alta y abusiva, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional, poniendo en riesgo la continuidad de los importantes servicios públicos de telecomunicaciones que se prestan a través de la Red Dorsal.

3.1.3. Se debe tener en cuenta que, esta regulación de acceso obligatorio no pretende generar un perjuicio a las empresas titulares de la infraestructura, sino más bien, busca asegurarles una contraprestación justa, de modo que no se vean perjudicadas por el hecho de brindar dicho acceso. Es por tal motivo que la regulación respectiva les garantiza la cobertura de sus **costos incrementales y un margen de utilidad razonable.**

3.1.4. Ahora bien, como ya hemos anotado, la regulación no podría permitir que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, ni que este pago implique de algún modo una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal¹². Es decir, **la contraprestación en modo alguno debería implicar una sobre-**

¹⁰ Las contraprestaciones periódicas son adicionales a la contraprestación inicial que recibe el titular de la infraestructura, la cual considera la recuperación de la inversión en la que incurran para viabilizar el acceso y uso a su infraestructura.

¹¹ Las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "poder o peso significativo en el mercado" se les pueda imponer, entre otras, "*medidas de control de precios, con posible orientación a costos de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios*". (Subrayado agregado) - Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2004. p. 810-811.

¹² Se debe tener en cuenta que no sólo AZTECA se encuentra interesada en que continúe la operación de la Red Dorsal, sino también las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto.

ganancia a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias excesivas para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

3.1.5. Precisamente con la finalidad de garantizar una retribución razonable y evitar cualquier abuso por parte de las empresas eléctricas que tienen el dominio de la infraestructura existente que pudiera afectar la operación de la Red Dorsal, **la contraprestación periódica por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico.** Por dicha razón, cuando alguna disposición contractual permita una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo resultará inexigible por contravenir una norma imperativa vigente.

3.1.6. Se debe tener en cuenta que **no basta que el Contrato de Participación señale que la contraprestación se determina de acuerdo a la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento, sino que es necesario que la aplicación efectiva de la fórmula tenga como resultado un monto que no exceda el precio máximo.** Por ello, debe garantizarse que las condiciones económicas que se encuentran fijadas en el pacto no excedan el monto obtenido en la correcta aplicación de la Metodología, a efectos de evitar el cobro de una contraprestación que exceda el costo incremental por operación y mantenimiento del cable del arrendatario.

3.1.7. A la fecha, tanto AZTECA como el Consejo Directivo de OSIPTEL han podido advertir que ENEL se encuentra exigiendo una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, debido a una incorrecta aplicación de la fórmula metodológica. Así pues, ENEL se benefició de que inicialmente el Contrato de Participación sólo señalaba el monto que debe abonar AZTECA (valor unitario por cada tipo de infraestructura), sin que se hubiese verificado que fue determinado en aplicación correcta de la Metodología y, por ende, que no superara la máxima contraprestación exigible. De ese modo, ENEL estuvo realizando un **ejercicio abusivo como titular de la infraestructura**, pues desde la suscripción del Contrato hasta la emisión del Mandato no respetó el marco normativo imperativo, exigiendo una contraprestación mayor a la permitida legalmente.

3.2. Sobre la metodología que determina la contraprestación máxima

3.2.1. En el Anexo 1 del Reglamento, el MTC estableció una Metodología, cuya aplicación determinará la **contraprestación máxima** que el titular de la infraestructura puede exigir al operador de telecomunicaciones que apoya un cable en su torre o poste (infraestructura eléctrica)¹³. Es decir, el resultado de la fórmula metodológica determinará a cuánto asciende

¹³

"Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

la renta mensual máxima por arrendatario, siendo un monto equivalente al costo incremental adicional (en operación y mantenimiento de la infraestructura) en el que incurre la empresa eléctrica como consecuencia de la instalación del cable del operador de telecomunicaciones más una utilidad razonable.

3.2.2. **La Metodología estuvo vigente desde la emisión del Reglamento y, con ello, desde la suscripción del Contrato de Participación (9 de noviembre de 2015).** Es más, a lo largo del tiempo, la Metodología sólo ha sido modificada en una oportunidad, en cuanto a los valores de las variables "f" y "m", a través de la RVM en el 2017. Sin embargo, **en cuanto a las otras variables, como por ejemplo el denominador "Na", no ha sufrido modificaciones y los valores se mantienen iguales desde la emisión del Reglamento.**

3.2.3. En tal sentido, la forma correcta de aplicación de la Metodología, que ya ha reconocido el MTC y el Consejo Directivo, como se explicará en el siguiente acápite, es el modo de interpretación de la fórmula metodológica **desde el inicio de la relación de participación.** En efecto, **se trata de la misma Metodología** (igual fórmula), que siempre ha tenido el mismo razonamiento económico desde su creación y, en todo caso, sólo en una oportunidad se modificaron los valores de las variables "f" y "m", situación que también estuvo prevista en la Metodología desde la emisión del Reglamento.

3.2.4. Ahora bien, tratándose de una norma de imperativo cumplimiento, AZTECA y ENEL pactaron que la **"retribución está contenido en el Anexo 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904"**, puesto que el monto que se determine en aplicación de la Metodología es el máximo que ENEL puede exigirle a AZTECA¹⁴. Sin embargo, pese a que el Contrato de Participación señala que la contraprestación ha sido determinada en atención a la Metodología, el monto consignado expresamente en el pacto no se corresponde con el resultado de la correcta aplicación de la fórmula metodológica.

(...)

30.4 **La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo.** De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en **un precio menor** al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas." (Subrayado y énfasis agregado)

¹⁴ El Informe que sustentó el Mandato que emitió el Consejo Directivo señalan que al momento de la suscripción del Contrato de Participación en el año 2015, la normativa vigente establecía que: **"el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 de la Ley No. 29904)"**.

3.2.5. En atención a lo señalado, a continuación, demostraremos que ENEL se encontraba exigiendo desde el inicio de la relación de compartición una contraprestación que excede, al menos tres (3) veces, el monto máximo que puede exigir de acuerdo con la normativa vigente y de imperativo cumplimiento. Así pues, conforme ha sido reconocido por el Consejo Directivo y el MTC, el valor del denominador "Na" de la Metodología es igual a tres (3), y la atribución de un valor distinto por parte de ENEL desde la suscripción del Contrato de Compartición, evidencia su actuación ilegal.

3.3. El denominador "Na" de la Metodología tiene un valor igual a tres (3)

3.3.1. La Metodología señala que la contraprestación mensual por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica viene dada por la aplicación de una fórmula, que tiene entre sus variables el factor "B". Dicho factor representa la distribución de costos entre los arrendatarios, calculándose como "1/Na", donde el denominador "Na" representa al número de arrendatarios.

3.3.2. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, en atención al **razonamiento económico de la fórmula** fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, se puede concluir cuál es el valor del denominador "Na". Ello, ha quedado demostrado claramente en el Mandato que emitió el Consejo Directivo modificando el Contrato de Compartición suscrito por ENEL y AZTECA, puesto que **se concluye que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3)**.

3.3.3. En efecto, **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. Así, ha sido desarrollado en el Informe que sustentó el Mandato emitido por el Consejo Directivo, en el que se explica cómo debe ser aplicada correctamente la fórmula metodológica:

"(...) la retribución mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientado al costo económico incremental adicional, en el que incurre el operado eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación; el cual fue dimensionado por el MTC en un 6.1% del valor del costo de la operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico en un escenario sin compartición.

(...)

Como se observa, el valor del 18,3% [valor del factor "f" de la Metodología] es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea

de transmisión). (...) De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 3 cables de comunicación.

(...)

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad de emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (3). (...)"

3.3.4. Se debe tener en cuenta que, la aplicación correcta de la Metodología y la determinación del valor del denominador "Na" por parte del Consejo Directivo en el Mandato no constituye de forma alguna una interpretación antojadiza de la fórmula metodológica. Por el contrario, el Consejo Directivo ha fundamentado su decisión en la normativa vigente, que es aplicable al Contrato de Compartición desde su suscripción, así como en los Informes que la sustentan. Particularmente, el Consejo Directivo hizo referencia al Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017 ("Informe del 2017"), que sustentó la RVM, puesto que en la exposición de motivos de la modificación de los valores "f" y "m" de la Metodología se desarrolló con total claridad cuál es el razonamiento económico de la Metodología.

3.3.5. En esta línea, el Informe del 2017, que sustenta la RVM señala que, para determinar el costo incremental, se parte 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 por el uso de tres (3) arrendatarios 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). De ese modo, con la finalidad de determinar cuál es el costo incremental por el apoyo de un cable en la infraestructura con una Metodología formulada sobre la premisa de la existencia de tres (3) cables, **el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología debe ser necesariamente igual a tres (3)**.

3.3.6. Además, debe tenerse en cuenta que esta explicación tiene pleno asidero en el Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 ("Informe del 2013"), que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento, en particular de la Metodología comprendida en el mismo. En la página 22 de este informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor "f", tanto en atención a la distancia/espacio utilizado por los cables en una torre/poste, como al peso que podrían soportar aquellas estructuras, siendo que el legislador optó por asumir que, en promedio, todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables de fibra óptica. Si bien reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las estructuras eléctricas, decidió que, para efectos de regulación tarifaria,

tenía que considerarse un número fijo, tres (3), incluso para los postes de baja tensión. Así, por ejemplo, el Informe del 2013 señala lo siguiente:

*"Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea. no obstante, consideramos que **un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)***

En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; así mismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos, por ejemplo, para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f del 20% que implica un margen de seguridad razonable: respecto al 15% calculado." (subrayado y énfasis agregados)

3.3.7. Ahora bien, el Consejo Directivo también fue claro en señalar que el valor igual a tres (3) del denominador "Na" de la Metodología resulta eficiente, puesto que cada arrendatario pagará exclusivamente por el costo incremental que le genere a la empresa eléctrica por el único cable que apoya en la infraestructura. De ese modo, un valor distinto a tres (3) del denominador "Na" determinaría que AZTECA asuma costos que el apoyo de su cable no genera y que ENEL se beneficie con una retribución que excede el costo incremental del arrendamiento de su infraestructura.

"Criterio de eficiencia en la determinación de un "Na" = 3

***Con un "Na" = 03, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta mensual, el costo incremental individual originado por instalar su propio medio de comunicación (01 cable); y el arrendador recibirá de este específico arrendatario, el monto equivalente al costo adicional por el uso de su infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de un "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se generan distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros.**"*
(Subrayado y énfasis agregado)

3.3.8. Es así que, en el Informe que sustentó el Mandato emitido en el caso que vincula a ENEL y AZTECA, así como en otros procedimientos similares, el Consejo Directivo simuló escenarios en los que se aplique un valor al denominador "Na" distinto a tres (3). Los resultados que obtuvo demostraron que: (i) si se considera un "Na" menor a tres (3) el

operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir; mientras que, (ii) si se considera un "Na" mayor a tres (3) el operador de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde, como se observa a continuación:

"Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de "Na" igual a 03, independientemente del tipo de poste y cantidad de cables que pueden ser instalados, el costo incremental total generado es consistente con la renta total a ser cobrada por el operador eléctrico; mientras que considerando cualquier otro valor para "Na" se perjudica económicamente al operador eléctrico o al operador de telecomunicaciones, lo que constituye una solución sub óptima desde el punto de vista de eficiencia económica (lo que sea paga por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición).

En efecto, como se observa en el cuadro anterior, si se considera un "Na" menos que 03, el operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Por ejemplo, si el valor del "Na" es 2, entonces el operador de telecomunicaciones paga más del 50% extra al costo incremental, y si el valor del "Na" es 1 entonces paga el triple del costo incremental que le corresponde (200% extra). De otro lado, si se considera un "Na" mayor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde. Es decir, si por ejemplo el valor del "Na" es 4 el operador de telecomunicaciones paga un 25% menos del costo incremental, mientras que si el valor del "Na" es 5 paga un 40% menos. Como se observa, el impacto en el costo de compartición es considerablemente alto cuando se considera un valor de "Na" diferente a 03, para cualquier caso."

(Subrayado y énfasis agregado)

3.3.9. Ciertamente, la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que **la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario (operador de telecomunicaciones) sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de ENEL, un cable de fibra óptica.** Ello, en línea con el principio de eficiencia, el cual resguarda que no deba obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa. En este escenario, AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque únicamente tiene un apoyo en la infraestructura de ENEL¹⁵.

¹⁵ Como se ha podido observar, para determinar el costo incremental de AZTECA generado por el peso de un único cable, debe dividirse el valor del parámetro "f" = 18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na). Por ello, el denominador "Na" cumple una función de ajuste en la fórmula metodológica, pues permite determinar cuál es el costo incremental que se genere individualmente por cada apoyo y que debe ser asumido por el operador de telecomunicaciones.

3.3.10. Inclusive, sobre la aplicación correcta de la Metodología, cabe indicar que el MTC ha reconocido en el Oficio No. 520-2017-MTC/03, del 2 de octubre de 2017, que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), con independencia del número efectivo/real de arrendatarios de la infraestructura. Así pues, la referida comunicación del Viceministerio de Comunicaciones tiene como finalidad aclarar las dudas de las empresas eléctricas en cuenta a la aplicación del referido denominador, concluyendo lo siguiente:

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 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 independientemente del número de arrendatarios efectivo."

(Subrayado y énfasis agregado)

3.3.11. En consecuencia, como se puede advertir, el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), lo que tiene sustento en la razonabilidad económica de la fórmula, que se verifica por lo establecido en el Informe del 2013, que sustentó el Reglamento, así como en el Informe del 2017, que sustentó la RVM. Es más, como también se ha corroborado, el MTC y el Consejo Directivo han señalado expresamente que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), de modo que el arrendatario pueda abonar el costo adicional que su cable de fibra óptica le genera al titular de la infraestructura eléctrica.

3.3.12. Sin embargo, desde el inicio de la relación de compartición que AZTECA mantiene con ENEL (9 de noviembre de 2015), por ser la fecha de suscripción del Contrato de Compartición) y hasta la emisión del Mandato (8 de marzo de 2018), se aplicó incorrectamente la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso compartido de infraestructura. Ello, en tanto se consideró un valor igual a uno (1) para el denominador "Na", lo cual generó que AZTECA se encuentre abonando una contraprestación al menos tres (3) veces superior al precio máximo que se determine en aplicación de la Metodología.

3.3.13. En tal sentido, la contraprestación que estuvo vigente desde el inicio de la relación de compartición que AZTECA mantiene con ENEL (9 de noviembre de 2015) por ser la fecha de suscripción del Contrato de Compartición) hasta la fecha de emisión del Mandato (8 de marzo de 2018) **excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA, pues fue determinada asumiendo un valor incorrecto del denominador "Na"**. Por ello, a lo largo de casi tres (3) años, ENEL se ha beneficiado ilegalmente por una contraprestación superior a la que AZTECA debía abonar, la

que ya retribuye los costos por el apoyo de un cable de fibra óptica y una utilidad razonable por el alquiler de la infraestructura.

3.3.14. Si bien AZTECA, de buena fe, se acercó a ENEL solicitando modificar el Contrato de Compartición para que la contraprestación se ajuste al precio máximo legal, así como le comunicó que, desde el inicio de la relación de compartición pagó indebidamente como retribución un monto mayor al permitido en la normativa vigente, dicha empresa eléctrica no respondió nuestras comunicaciones y continuó exigiendo una contraprestación ilegal, así como conservó las ganancias ilegalmente obtenidas. Por ello, tuvimos que recurrir, en primer lugar, al Consejo Directivo para que modifique nuestra contraprestación y se ajuste a lo permitido. Ahora, acudimos a esta vía para que el Cuerpo Colegiado, en ejercicio de sus competencias, resuelva esta controversia y **declare que la retribución fijada en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA.**

3.3.15. Por tanto, en este contexto, debe determinarse cuál fue la contraprestación máxima que AZTECA se encontraba obligada a abonar por uso compartido de infraestructura, desde el inicio de la relación de compartición hasta la emisión del Mandato y, con ello, se ordene a ENEL la devolución de todo lo pagado en exceso. Es importante resaltar que, la sola declaración de la ilegalidad de la contraprestación no pondrá fin a la controversia que AZTECA y ENEL mantienen. Por ello, para el efectivo ejercicio y cumplimiento de las funciones del Cuerpo Colegiado, es necesario que ordene a ENEL la devolución de lo pagado en exceso.

IV. ENEL DEBE DEVOLVER TODO LO PAGADO EN EXCESO POR AZTECA DESDE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

4.1. Por todo lo expuesto y considerando que: (i) la Metodología que estuvo vigente desde el inicio de la relación de compartición que AZTECA mantiene con ENEL (9 de noviembre de 2015 por ser la fecha de suscripción del Contrato de Compartición); (ii) no ha variado en cuanto al valor del denominador "Na"; y, (iii) el valor del denominador "Na" siempre fue tres (3), se puede advertir que la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición es ilegal por exceder la máxima retribución por uso compartido de infraestructura fijada legalmente. En ese sentido, se solicita al Cuerpo Colegiado que declare fundadas nuestras pretensiones:

- Que declare que la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología.

- Que, en consecuencia, se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a **US\$ 595,126.93** que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato.

4.2. Precisamente, considerando los valores correctos de las variables de la Metodología señalados por el Consejo Directivo para determinar la contraprestación correcta por el uso compartido de infraestructura, se puede observar que, como máximo, ENEL podía exigir una contraprestación al menos tres (3) veces menor a la que efectivamente solicitó pagar a AZTECA a través de las facturas que le remitió. A continuación, colocamos una tabla en la que se contrasta mes a mes el monto que ENEL solicitó abonar a AZTECA a través de su factura con la máxima contraprestación que podría haber exigido en cumplimiento de la normativa imperativa vigente.

PAGOS ENEL

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (US\$) I.C. S/3.30	Máxima contraprestación que puede ser exigida (US\$)	Monto que debe ser devuelto por ENEL (US\$)
jul-16	F411-00000723	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
ago-16	F411-00000777	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
sep-16	F411-00000827	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
oct-16	F411-00000866	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
nov-16	F411-00000910	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
dic-16	F411-00000970	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
ene-17	F411-00001033	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
feb-17	F411-00001082	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
mar-17	F411-00001125	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
abr-17	F411-00001175	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
may-17	F411-00001245	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
jun-17	F411-00001305	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
jul-17	F411-00001350	165,583.62	50,176.85	4,397.86	45,778.99
Total: 13 meses	Total:	2,152,587.06	652,299.11	57,172.18	595,126.93

4.3. Como se puede observar, desde el inicio de la relación de compartición (9 de noviembre de 2015) hasta la emisión del Mandato (8 de marzo de 2018), AZTECA abonó un monto total de US\$ 652'299.11, cuando legalmente ENEL sólo le podía exigir como contraprestación un monto máximo de US\$ 57,172.18. En consecuencia, se puede advertir que AZTECA pagó en exceso, ilegalmente, un monto ascendente a US\$ 595,126.93.

4.4. Por tanto, corresponde que el Cuerpo Colegiado ordene la devolución de US\$ 595,126.93, en tanto constituye una contraprestación que fue cobrada ilegalmente por ENEL, por tratarse del

monto que excede la máxima contraprestación que AZTECA debió abonar durante la relación de compartición.

- 4.5. En atención a los argumentos de hecho y de derecho desarrollados en el presente escrito, corresponde que el Cuerpo Colegiado declare fundadas nuestras pretensiones. Ello, en tanto ha quedado demostrado que la contraprestación fijada contractualmente excede la máxima retribución permitida en la normativa por uso compartido de infraestructura y, por ende, deberá ordenarse a ENEL la devolución de US\$ 595,126.93 a favor de AZTECA.

V. LA PROHIBICIÓN DE MODIFICAR LA CONTRAPRESTACIÓN FIJADA CONTRACTUALMENTE ES CONTRARIA A LA NORMATIVA EN MATERIA DE USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA

5.1. Resulta imperativo que la contraprestación por uso compartido de infraestructura pueda ser modificada durante la relación de compartición

A continuación, desarrollaremos los argumentos por los que consideramos que someter la contraprestación a una vigencia determinada o pactar su inmutabilidad contraviene el marco normativo vigente sobre uso compartido de infraestructura, el cual también se encontraba vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL. Precisamente, fundamentaremos que prohibir la modificación de la contraprestación resulta ilegal por dos motivos: (i) el Reglamento de la Ley de Banda Ancha prevé que la máxima retribución legalmente exigible podrá variar ante el cambio de valores de las variables de la Metodología; y, (ii) se debe respetar el principio de No Discriminación en toda relación de compartición.

A. La máxima contraprestación exigible legalmente no es inmutable, sino que puede ser modificada

5.1.1. Como hemos señalado en los puntos 2.2 y 2.3 del presente escrito, la Ley de Banda Ancha declaró de necesidad pública e interés nacional el uso compartido de infraestructura, señalando expresamente que los concesionarios de energía eléctrica que arrienden las torres y/o postes recibirán contraprestaciones periódicas, las cuales serán determinadas conforme a la Metodología fijada en el Reglamento de dicha ley. Ahora bien, desde su emisión, el Anexo I del referido Reglamento ha contemplado la posibilidad de que **los valores de las variables "m", "l", "h" y "f" de la Metodología (cuya aplicación determina la máxima contraprestación legalmente exigible) sean modificados por resolución de Viceministro de Comunicaciones**.

5.1.2. Ciertamente, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha (vigente al momento de suscripción del Contrato de Compartición y a la fecha) establece que el monto que se determine como



máxima contraprestación exigible por uso compartido de infraestructura es susceptible de sufrir cambios, puesto que con la emisión de una Resolución Viceministerial, el Viceministerio de Comunicaciones podrá modificar valores de variables de la Metodología. Por ello, fijar un monto como retribución inamovible daría lugar a situaciones en las que operadores de telecomunicaciones se encuentren obligados a abonar un monto superior al máximo que legalmente puede cobrar el titular de la infraestructura, cuando exista alguna modificación en los valores de las referidas variables de la Metodología.

5.1.3. En efecto, un pacto en la relación de compartición que prohíba la modificación de la contraprestación conllevaría a acordar la inobservancia de una norma vigente. Así pues, todo Contrato de Compartición que prevea una vigencia mínima de la contraprestación o su inmutabilidad, en los hechos pretende que no se apliquen a las partes las normas imperativas sobre retribución. Sin embargo, las normas sobre la máxima contraprestación exigible legalmente en una relación de compartición son imperativas, por lo que **las empresas eléctricas titulares de la infraestructura y los operadores de telecomunicaciones no pueden voluntariamente decidir que no se les serán aplicables las disposiciones legales, fijando sus propios términos.**

5.1.4. Particularmente, para el caso de AZTECA y ENEL, en su Mandato, el Consejo Directivo señala que someter la contraprestación a una vigencia mínima de tres (3) años resulta contradictorio con la observancia de la Metodología consignada en el Anexo I del Reglamento, por lo que no podría considerarse como un pacto válido entre las partes. Expresamente, el Consejo Directivo reconoce lo siguiente:

*"(...) en el citado texto del contrato se señala que la intención de las partes de sujetarse a la aplicación de la fórmula del Anexo I del Reglamento de la Ley No. 29904, y no de desconocerla. No obstante, dicho texto señala también que se deberá revisar los importes fijados de acuerdo a las nuevas condiciones legales existentes luego de **tres años de vigencia mínima. Esto último resulta contradictorio con el principio de "No Discriminación" señalado anteriormente, y con la observancia sin restricciones de la aplicación de la metodología señalada en el Anexo I del Reglamento de la Ley No. 29904.***

*En conclusión, el numeral (1) de la referida cláusula restringe en el tiempo la aplicación de la referida metodología, por lo que **no puede ser considerado como "términos válidamente pactados por las partes"** tal como lo señala ENEL, por **contraponerse al Reglamento de la Ley No. 29904, en cuanto a la fijación y aplicación de contraprestaciones, norma vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.**"*
(subrayado y énfasis agregado)

5.1.5. En tal sentido, atendiendo a que los valores de algunas variables de la Metodología podrán ser modificados por Resolución Viceministerial, fijar que la contraprestación se someta a una vigencia mínima y, en consecuencia, prohibir la modificación de la retribución, resulta contrario a la normativa sobre uso compartido de infraestructura. Ello, en tanto permite la inobservancia de una eventual Resolución Viceministerial y, con ello, de la máxima contraprestación que puede exigirse legalmente. Por tanto, cualquier pacto que busque que las normas imperativas no sean aplicables para el caso en concreto es inválido y, de ese modo, resulta inexecutable en el marco de una relación de compartición.

B. La contraprestación debe respetar el principio de No Discriminación

5.1.6. El artículo 30 del Reglamento no sólo prevé que el resultado de la aplicación de la Metodología determinará cuál será la retribución máxima exigible, sino también que **el precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación**. Asimismo, el artículo 7 de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, establece que el principio de no discriminación garantiza que *"el titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes"*¹⁶.

5.1.7. En tal sentido, la normativa general sobre uso compartido de infraestructura, así como la legislación específica emitida para el despliegue y operación de la Red Dorsal, reconoce que en toda relación de compartición debe garantizarse el Principio de No Discriminación. Sobre el particular, dicho principio garantiza que no existan condiciones contractuales diferenciadas en el mercado fijadas por una empresa con poder de mercado, que generen escenarios en los que algunos operadores de telecomunicaciones se encuentran obligados a abonar una contraprestación superior a la máxima establecida legalmente y exigida a los otros operadores, y por ende, se encuentren en desventaja competitiva respecto de estos últimos.

5.1.8. Precisamente, **el Consejo Directivo señaló en su Mandato que el principio de no discriminación garantiza que no se fijen valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo**, puesto que podría generar disparidad entre los operadores de telecomunicaciones. Ello, en tanto las relaciones de compartición con una retribución que no puede ser modificada, al modificarse los valores de las variables de la Metodología, podrían resultar con una contraprestación con un monto mayor al máximo. Esto ha sido reconocido por el Consejo Directivo en su Mandato, como se observa a continuación:

¹⁶ Incluso, se debe tener en cuenta que el Principio de "No Discriminación" se encuentra reconocido desde la entrada en vigencia de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y su Reglamento.

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

- 5.1.9. Además, para el caso concreto referido a la relación de compartición entre AZTECA y ENEL, el Consejo Directivo ha reconocido expresamente en su Mandato, que someter la contraprestación a tres (3) años de vigencia mínima resulta contrario al principio de no discriminación, como se observa a continuación:

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

- 5.1.10. En consecuencia, la normativa que regula las relaciones de uso compartido de infraestructura, específicamente, aquella vinculada a la máxima contraprestación que puede ser exigible por el titular de la infraestructura, establece que: (i) la retribución debe ofrecerse bajo criterios de no discriminación; y, (ii) los valores de algunas variables de la Metodología, que determina la máxima contraprestación, podrán ser modificados. Por ello, atendiendo que no podrían existir diferencias en el tratamiento del uso compartido de infraestructura y que la máxima contraprestación que puede exigirse cambiará en el tiempo (dependiendo de los valores de la Metodología), la normativa en la materia impide que se fije una retribución inamovible o que se encuentre sujeta a una vigencia mínima.

5.1.11. Por lo expuesto, resulta imperativo que la contraprestación por uso compartido de infraestructura sea susceptible de sufrir modificaciones durante la relación de compartición, por lo que la prohibición establecida contractualmente de modificar la contraprestación por uso compartido de infraestructura es manifiestamente ilegal, en tanto resulta contraria a la normativa vigente. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, las empresas titulares de infraestructura (torres y/o postes) y los operadores de telecomunicaciones se encuentran prohibidas de pactar contractualmente una contraprestación inamovible o sujeta a una vigencia mínima. Esta prohibición no admite excepciones, por lo que el pacto contenido en el contrato con ENEL resulta inexigible y así solicitamos al Cuerpo Colegiado que lo declare.

5.2. La exigencia del Contrato de Compartición de mantener durante tres años, como vigencia mínima, la contraprestación fijada inicialmente vulnera la normativa vigente

5.2.1. A la fecha de suscripción del Contrato de Compartición (9 de noviembre de 2015), se encontraban plenamente vigentes la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, por lo que AZTECA y ENEL se encontraban obligados al cumplimiento de las disposiciones imperativas que preveía esta normativa vinculada al uso compartido de infraestructura para el despliegue y operación de la Red Dorsal. Así pues, toda exigencia, condición o prohibición pactada en el Contrato de Compartición debía respetar lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento: (i) la posibilidad de cambio de valores de las variables de la Metodología que determina la máxima contraprestación legalmente exigible; y, (ii) el respeto del Principio de No Discriminación.

5.2.2. Pese a lo anterior, en el Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, se estipuló que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se sujetará a una vigencia mínima de tres (3) años. En efecto, se prohibió que la retribución sea modificada durante dicho plazo, incluso en el supuesto en el que exista una modificación normativa. alguna de las partes busque negociar un nuevo monto o el Consejo Directivo emita un mandato modificando la contraprestación.

"Cláusula Cuarta: Retribución

*(...) El monto de la referida **retribución** está contenido en el Anexo 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato.(...)"*

(Subrayado y énfasis agregado)

5.2.3. De acuerdo con lo desarrollado en el acápite anterior, resulta contradictorio que se afirme que la contraprestación se determinó en atención a lo señalado en la Metodología del Reglamento, que reconoce la modificación de los valores de algunas variables de la fórmula legal, y que, al mismo tiempo, la contraprestación fijada contractualmente se sujete a una vigencia mínima, impidiendo que la retribución cambie durante tres (3) años. Ciertamente, con un pacto que prohíbe la modificación de la contraprestación, no sólo se restringe que la contraprestación se modifique a pedido de alguna de las partes, sino que se limita a su vez: (i) la posibilidad de que una norma posterior modifique los valores de la Metodología, y (ii) los efectos que pueda tener un Mandato que modifique el Contrato de Compartición.

5.2.4. En efecto, no puede ampararse que, a través de un pacto de vigencia mínima de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, los particulares desconozcan la potestad normativa y decidan no acatar lo que establece una norma (como la Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables "f" y "m"; o, la máxima contraprestación legalmente exigible). Así pues, no debe permitirse la desnaturalización de normas imperativas, que resguardan la protección de un interés público, dejando que los privados decidan cuándo les son aplicables.

5.2.5. Del mismo modo, se vulnera la potestad del Consejo Directivo de emitir mandatos si, como consecuencia de un pacto, se pretendiera desacatar cualquier decisión de la autoridad que conlleve la modificación del Contrato de Compartición. En el presente caso, sustentándose en el pacto de mantener por tres (3) años la vigencia de la contraprestación fijada inicialmente, ENEL busca desconocer el Mandato emitido por el Consejo Directivo, puesto que se encuentra solicitando, en vía arbitral, "que el Tribunal Arbitral declare que AZTECA incumplió la obligación consistente en no solicitar la emisión del Mandato" y, como consecuencia, "que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'1276,479.00 a título de indemnización por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato".

5.2.6. Se debe tener en cuenta que sustentándose en un pacto que atenta contra la normativa vigente y ha sido eliminado a futuro por el Consejo Directivo, ENEL pretende desconocer la aplicación de normas imperativas sobre uso compartido de infraestructura, exigiendo a nuestra empresa el pago de una indemnización. Así, cabe indicar que, la falta de declaración de la inexigibilidad de la vigencia mínima de tres (3) años desde la suscripción del Contrato de Compartición, por parte del Cuerpo Colegiado, generaría un precedente negativo en tanto se encontraría amparando tácitamente la intención de ENEL de no acatar normas de orden público así como su ilegal pedido de pago de una indemnización por parte de AZTECA por ejercer nuestro derecho a solicitar un mandato por requerirnos el pago de una contraprestación en exceso del máximo legal. Es decir, ENEL pretende que se declare "antijurídica" la conducta de AZTECA de dar cumplimiento al marco legal sobre acceso a

infraestructura, lo cual, de permitirse, dejaría vía libre a que, mediante contratos privados, las empresas monopolistas se exceptúen de sufrir los efectos de normas obligatorias, lo que el Cuerpo Colegiado no puede amparar.

5.2.7. En tal sentido, lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato de Participación, en el extremo referido a la vigencia mínima de la contraprestación que AZTECA se encontraba obligado a abonar, contraviene lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. Ello, no solo por no permitir modificaciones que el propio marco legal prevé, pretendiendo restringir contractualmente potestades normativas de la Administración, sino porque genera escenarios en los que no se garantizaría la observancia del principio de No Discriminación, dado que existirían en el mercado operadores de telecomunicaciones con condiciones diferentes, en donde se les exige el pago de una retribución superior a la máxima permitida legalmente.

5.2.8. Precisamente, atendiendo a la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se sujete a una vigencia mínima, el Consejo Directivo, a través de su Mandato, modificó el Contrato de Participación en este extremo, eliminando dicha exigencia. De esta manera, en el Informe que sustentó el Mandato se concluye:

"En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley No. 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904, considerando las modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial No. 768-2017-MTC/03, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ."

(...)

ANEXO 1

(...)

1.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta - Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Por el acceso y uso de la infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinadas en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo No. 1 - Condiciones Económicas- del presente contrato"

(...)

(subrayado y énfasis agregado)

5.2.9. Por tanto, así como ha sido reconocida la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a una vigencia mínima de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición por parte del Consejo Directivo en su Mandato (con efectos a futuro), corresponde que el Cuerpo Colegiado señale expresamente y con claridad que dicha exigencia contractual siempre (desde el inicio de la relación de compartición, con la suscripción del contrato) fue inexigible por tratarse de una condición manifiestamente contraria a la normativa vigente en materia de uso compartido de infraestructura. Ello, dado que resulta necesario que el Cuerpo Colegiado salvaguarde y garantice el cumplimiento de la normativa imperativa, impidiendo que existan distorsiones en el mercado de telecomunicaciones, como consecuencia de la inobservancia del principio de no discriminación y las reglas vinculadas a la contraprestación.

VI. EL CUERPO COLEGIADO ES COMPETENTE PARA RESOLVER CUALQUIER CONTROVERSIA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA EMISIÓN DEL MANDATO

6.1. Como ha sido señalado previamente, las competencias del Cuerpo Colegiado en ejercicio de su función de solución de controversias se encuentran recogidas en el literal e) del artículo 3.1 de la Ley No. 27332, Ley de Organismos Reguladores y el artículo 36 de la Ley No. 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, así como en el literal f) del artículo 53 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, y el literal f) del artículo 2 del Reglamento de Solución de Controversias. En aplicación de la normativa antes referida, en sus pronunciamientos, el Tribunal de Solución de Controversias ha señalado que:

"la función de solución de controversias que ejerce este organismo regulador comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados, así como resolver toda controversias que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora".
(Subrayado y agregado nuestro)

6.2. De ese modo, el Cuerpo Colegiado es competente para conocer la presente controversia y emitir un pronunciamiento resolviendo la discrepancia existente respecto de a cuánto ascendía la máxima contraprestación por uso compartido de infraestructura que AZTECA se encontraba obligada a abonar desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato. Efectivamente, luego de que ha quedado demostrado, sin lugar a

dudas, que al momento de fijar la contraprestación se aplicó incorrectamente la Metodología y se ha venido exigiendo una retribución mayor a la máxima permitida en la normativa, ENEL se ha rehusado a reconocer que se ha beneficiado de una contraprestación ilegal y menos aún ha accedido a devolver el dinero cobrado en exceso.

- 6.3. Ciertamente, en anteriores oportunidades, el Tribunal de Solución de Controversias ha sido claro y enfático en establecer que su competencia para la solución de controversias comprenderá cualquier discrepancia que exista entre las partes antes de la emisión de un mandato por el Consejo Directivo. Es así pues, que el propio Tribunal reconoció¹⁷ que, **ante una controversia vinculada a la contraprestación por uso compartido de infraestructura, quien emitirá un pronunciamiento con efectos a futuro será el Consejo Directivo a través de un mandato, mientras que el Cuerpo Colegiado y, en segunda instancia, el Tribunal de Solución de Controversias, serán quienes resolverán cualquier discrepancia sobre la retribución que se mantenga existente en un periodo anterior al Mandato.**

"40. En este extremo resulta necesario precisar que los alcances del pronunciamiento que corresponde emitir al CCO en el marco del procedimiento de solución de controversias podrán incidir en la relación de compartición durante el periodo de ejecución contractual, salvo que las partes acuerden la modificación de sus términos o se apruebe un mandato de compartición. En cambio, el eventual mandato de compartición que el Consejo Directivo podría emitir no tendría efectos retroactivos, en tanto entraría en vigencia a partir de su notificación.

41. Teniendo en cuenta el contexto existente, en el que se verifica la tramitación de dos procedimientos paralelos referidos a una misma relación de compartición, el pronunciamiento del CCO no alteraría las nuevas condiciones económicas que podrá determinar el Consejo Directivo en ejercicio de la función normativa que tiene reservada para la emisión de mandatos de compartición, sino comprendería la resolución de las disputas existentes en el periodo previo a la emisión de un eventual mandato de compartición o de una posible modificación introducida voluntariamente por las partes."¹⁸
(Subrayado y énfasis agregado)

- 6.4. La delimitación del alcance de competencias en ejercicio de la función de solución de controversias también ha sido reconocida por el Cuerpo Colegiado. Ciertamente, en su

¹⁷ Ver: (i) Resolución No. 007-2018-TSC/OSIPTEL del 2 de abril de 2018, emitida en el marco del Expediente 006-2017-CCO-ST/CI; (ii) Resolución No. 008-2018-TSC/OSIPTEL del 2 de abril de 2018, emitida en el marco del Expediente 007-2017-CCO-ST/CI; y, (iii) Resolución No. 009-2018-TSC/OSIPTEL del 10 de mayo de 2018, emitida en el marco del Expediente 008-2017-CCO-ST/CI.

¹⁸ Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No. 008-2018-TSC/OSIPTEL del 2 de abril de 2018, emitida en el marco del Expediente 007-2017-CCO-ST/CI.

pronunciamiento señalan que la nueva contraprestación fijada por Consejo Directivo tiene efectos desde la emisión del Mandato; por lo que, cuando subsistan controversias sobre lo pactado en el Contrato de Compartición, es decir, discrepancias con una temporalidad anterior al Mandato, el Cuerpo Colegiado será competente para resolver cualquier discrepancia sobre la contraprestación inicialmente pactada.

"85. Por tanto, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen a través de los mandatos a emitirse por el Consejo Directivo, aplicarán para las relaciones de compartición de infraestructura a partir de la entrada en vigencia de dichas normas de carácter particular, de acuerdo a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución.

86. Por el contrario, el pronunciamiento final que emitirá este Cuerpo Colegiado Ad Hoc en la presente controversia tendrá la naturaleza de un acto jurídico destinado a resolver un conflicto suscitado por la discrepancia en la interpretación del marco regulatorio de la compartición de infraestructura - Ley de Banda Ancha y su Reglamento, así como la RVM -, el mismo que se encontrará delimitado a la vigencia del contrato de compartición.

87. Sin perjuicio de ello, si con posterioridad, el contenido total o parcial del referido contrato llegase a ser modificado por iniciativa de las partes (a través de una adenda), o a través de un mandato de compartición complementario -de ser ello admitido por el Consejo Directivo-, el pronunciamiento de este órgano colegiado mantendrá sus efectos hasta que el contrato en su totalidad pierde vigencia o, cuando se trata de una modificación parcial, sobre aquellas cláusulas que no fueron modificadas."¹⁹
(Subrayado y énfasis agregado)

- 6.5. Por tanto, en un escenario como en el que nos encontramos en el presente caso, en el cual existe un Mandato que resolvió un conflicto sobre la contraprestación por uso compartido de infraestructura desde su emisión y a futuro, **persiste una controversia respecto de cuál debió ser la máxima retribución exigible por ENEL a AZTECA desde el inicio de la relación de compartición hasta la emisión de Mandato, así como sobre la inexigibilidad del pacto referido a someter la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición a una vigencia mínima de tres (3) años.** En consecuencia, nos encontramos en un supuesto en el que el Cuerpo Colegiado cuenta con competencia para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas en este escrito, tal y como ha sido reconocido en pronunciamientos anteriores del Tribunal de Solución de Controversias y del propio Cuerpo Colegiado.

¹⁹ Resolución del Cuerpo Colegiado No. 004-2018-CCO/OSIPTEL del 9 de marzo de 2018, emitida en el marco de la tramitación del Expediente 008-2017-CCO-ST/CI.

6.6. Por todo lo expuesto en el presente escrito de reclamación, el Cuerpo Colegiado es competente para emitir un pronunciamiento sobre nuestras pretensiones, es decir, para: (i) declarar que la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 del Contrato de Participación **excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura** permitida en el ordenamiento jurídico; y, en consecuencia, para: (ii) **ordenar a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93** que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Participación hasta la fecha de emisión del Mandato. Del mismo modo, el Cuerpo Colegiado es competente para declarar la **inexigibilidad del pacto referido a la vigencia mínima de la contraprestación previsto en la Cláusula Cuarta del Contrato de Participación**, al tratarse de una exigencia contractual que vulnera la normativa en materia de uso compartido de infraestructura.

POR TANTO:

AL CUERPO COLEGIADO SOLICITAMOS: que admita a trámite nuestra reclamación a efectos de dar por iniciado el procedimiento de solución de controversias contra ENEL y, en su oportunidad, declare FUNDADA nuestra reclamación en todos sus extremos.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que adjuntamos en calidad de Anexos copia de los siguientes documentos:

- Anexo 1-A Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito el 25 de noviembre de 2015.
- Anexo 1-B Carta No. DJ-1258/17, de 21 de agosto de 2017.
- Anexo 1-C Carta No. DJ-1293/17, de 29 de agosto de 2017.
- Anexo 1-D Carta No. DJ-1446/17, de 28 de septiembre de 2017.
- Anexo 1-E Carta No. GC-IST-39050829, de 12 de septiembre de 2017.
- Anexo 1-F Carta No. GC-IST-39180397, de 28 de septiembre de 2017.
- Anexo 1-G Oficio No. 520-2017-MTC/03, de 2 de octubre de 2017.
- Anexo 1-H Resolución de Consejo Directivo No. 010-2018-CD/OSIPTEL del 11 de enero de 2018, que aprobó el Proyecto de Mandato de Participación de Infraestructura.
- Anexo 1-I Informe No. 0005-GPRC/2018 del 4 de enero de 2018, emitido por la Gerencia, que sustentó el Proyecto de Mandato.
- Anexo 1-J Resolución de Consejo Directivo No. 063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018, que aprobó el Mandato de Participación de Infraestructura.
- Anexo 1-K Informe No. 00057-GPRC/2018 del 28 de febrero de 2018 emitido por la Gerencia, que sustentó el Mandato de Participación de Infraestructura.
- Anexo 1-L Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento.

- Anexo I-M Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017 que sustentó la RVM.
- Anexo I-N Copia de la demanda arbitral presentada por ENEL.
- Anexo I-O Copia de las facturas emitidas por ENEL desde la suscripción del Contrato de Participación hasta la emisión del Mandato.

Lima, 23 de agosto de 2018



ANDRÉ ROBILLIARD ESCOBAL
GERENTE DE REGULACIÓN

1-A

**CONTRATO DE ACCESO Y USO
DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA**

entre

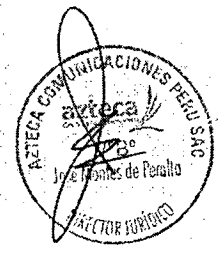
EDELNOR S.A.A.

y

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C

Lima, 09 de noviembre de 2015

KA



CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA

Conste por el presente documento, el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica que celebran las siguientes partes:

- (a) EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA DE LIMA NORTE S.A.A. (“EDELNOR”), con Registro Único de Contribuyente No. 20269985900, con domicilio en Calle César López Rojas No. 201, distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por el señor Carlos Alberto Solís Pino, identificado con Carné de Extranjería N° 000510745 y el señor Walter Sciutto Brattoli, identificado con Carné de Extranjería N° 000153713, ambos con poderes inscritos en la Partida N° 11008737 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao; y,
- (b) AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (“AZTECA”), con Registro Único de Contribuyente No. 20562692313, con domicilio en Av. 28 de Julio No. 1011, Piso 5, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por sus Representantes Legales, el señor Francisco Madrazo de la Torre, identificado con Carnet de Extranjería No. 001293944, y el señor José Armando Montes de Peralta Callirgos, identificado con documento nacional de identidad No. 10805099, según poderes inscritos en la Partida Registral No. 13239517 del Registro de Personas Jurídicas de Lima y Callao.

Este Contrato se celebra con sujeción a los siguientes términos y condiciones:

Cláusula Primera.-

Antecedentes

- (1) EDELNOR es una empresa de derecho privado que desarrolla actividades de distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad en la zona norte de Lima y Callao, contando para tal efecto con la concesión definitiva otorgada mediante Resolución Suprema N° 032-94-EM y Resolución Suprema N° 080-96-EM.
- (2) AZTECA es una persona jurídica que se dedica al desarrollo de actividades de telecomunicaciones.
- (3) Con fecha 17 de junio del 2014, AZTECA suscribió con el Estado Peruano el “Contrato de Concesión del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Nacional Centro” (“Contrato de Concesión”), mediante el cual AZTECA se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener la Red Dorsal Nacional y a operar los servicios descritos por dicho contrato.
- (4) AZTECA se encuentra interesada en usar cierta infraestructura de EDELNOR, a efectos de tender cables de fibra óptica que le permitan prestar los servicios a su cargo en virtud del Contrato de Concesión.
- (5) En cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada mediante Ley N° 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, AZTECA ha efectuado un requerimiento a EDELNOR para acceder y usar Infraestructura, tal como se encuentra definida en la Cláusula Segunda de este Contrato.
- (6) Después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo establecido por el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, AZTECA y EDELNOR han acordado suscribir el presente Contrato.



Cláusula Segunda.-

Definiciones e Interpretación

(1) Para efectos de este Contrato, los siguientes términos tendrán los siguientes significados:

“Anexos”

significan los siguientes documentos que forman parte de este Contrato:

Anexo N° 1: Condiciones Económicas

Anexo N° 2: Tramos de Infraestructura que Azteca requerirá el tendido de Cable de Fibra Óptica

Anexo N° 3: Especificaciones técnicas y manual de instalación del Cable de Fibra Óptica.

“Autoridad Gubernamental”

significa cualquier entidad u autoridad nacional, regional, departamental, provincial o municipal, o cualquiera de sus dependencias o agencias, reguladoras o administrativas, o cualquier organismo que ejerza funciones ejecutivas, legislativas, regulatorias, jurisdiccionales, municipales o administrativas que correspondan a funciones de gobierno y ejerzan jurisdicción sobre las Personas o materias en cuestión.

“Cable de Fibra Óptica”

significa los cables de fibra óptica totalmente dieléctrica del tipo ADSS (All-Dielectric Self-Supporting) de propiedad de AZTECA que son empleados para prestar los Servicios de Telecomunicaciones.

“Conocimiento”:

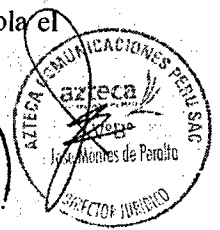
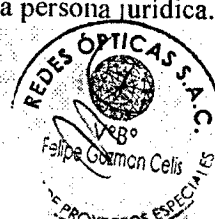
significa, con respecto a AZTECA, el efectivo conocimiento que haya adquirido el gerente general u otro funcionario de posición de gerente o quien ejerza funciones similares o equivalentes a tales funcionarios o el que debió ser adquirido por éstos, en razón de su intervención en los negocios de AZTECA y conforme con los parámetros de diligencia ordinaria exigidos para esta clase de negocios.

“Contrato”:

significa este contrato y sus Anexos, tal como sean modificados de tiempo en tiempo.

“Control Efectivo”:

significa la situación en la cual una Persona tiene Control Efectivo de una persona jurídica cuando: (i) es propietaria, de manera directa o indirecta, de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones con derecho a voto en su junta general de accionistas; (ii) sin contar con más del cincuenta por ciento (50%) de los derechos de voto en su junta general de accionistas, puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente; (iii) posee, de manera directa o indirecta, una representación en su directorio, u órgano equivalente, superior al cincuenta por ciento (50%) de sus integrantes; o, (iv) por cualquier medio no previsto anteriormente (sea contractual o no) controla el poder de decisión al interior de una persona jurídica.



“Días”	significa días calendario.
“Día Hábil”:	significa cada uno de los cinco (5) días de la semana, que comienzan el lunes y terminan el viernes, salvo feriados, en que todos los bancos que operan en la ciudad de Lima se encuentran abiertos con atención al público en general en sus oficinas principales.
“Efecto Sustancialmente Adverso”:	significa cualquier acto, hecho o circunstancia que, a criterio de EDELNOR materialmente: (i) tenga un efecto de detrimento respecto de la condición financiera y/o económica, actividades, resultados o propiedades de AZTECA; o (ii) afecte la capacidad de AZTECA de cumplir con las obligaciones establecidas en este Contrato; o (iii) afecte la legalidad, vigencia, validez o ejecutabilidad de este Contrato, de las obligaciones de AZTECA o de los derechos de EDELNOR.
“Infraestructura”	significa los postes, las torres, los ductos y las cámaras de las redes de distribución de energía eléctrica de EDELNOR, así como el espacio de las subestaciones utilizadas para prestar el servicio de distribución de energía eléctrica.
“Legislación Aplicable”	significa la legislación vigente en la República del Perú.
“Normas Técnicas”	significa técnicas emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR.
“Partes”	significa conjuntamente EDELNOR y AZTECA.
“Persona”	significa cualquier persona natural o jurídica, asociación de hecho o de derecho, fideicomiso, entidad de gobierno o similar.
“Servicios de Telecomunicaciones”	significa tanto el Servicios Portador como las Facilidades Complementarias, tal como estos términos son definidos en el Contrato de Concesión.
“Trabajos de Remoción”	significa los trabajos de remoción de los Cables de Fibra Óptica instalados en la Infraestructura.

(2) Los términos cuyas iniciales se encuentren en mayúsculas en este Contrato y que no estén definidos en este documento tendrán el significado establecido en el respectivo Anexo.



- (3) Cualquier referencia en este Contrato a género incluye todos los géneros. Las palabras en singular incluyen el plural y viceversa.
- (4) Salvo que se haya establecido de otro modo, cualquier referencia a este Contrato o a algún Anexo ha de ser entendida a este Contrato o a dicho Anexo, tal como el mismo sea, de tiempo en tiempo, modificado, sustituido o complementado por las Partes.
- (5) Salvo que se haya establecido de otro modo, cualquier referencia en este Contrato a una norma se refiere a tal norma y a todas sus reglamentaciones, tal como sean modificados o sustituidos de tiempo en tiempo.
- (6) De producirse una falta de concordancia, ajuste o correspondencia entre este documento y los Anexos, primará este documento.
- (7) De producirse una falta de concordancia, ajuste o correspondencia entre este Contrato y un Contrato Específico, primará este Contrato.

Cláusula Tercera.-

Objeto del Contrato

- (1) Por este Contrato, EDELNOR y AZTECA acuerdan los términos y condiciones bajo los cuales EDELNOR concederá a AZTECA el acceso y uso de su Infraestructura, tal ésta se encuentra descrita en el Anexo N° 2. Las Partes pueden acordar modificar la cantidad de Infraestructura a utilizar, incrementándola o reduciéndola por modificaciones a la ruta existente o por desarrollo de nuevas rutas. Para tal fin, deberán suscribir la adenda correspondiente. Los términos y condiciones establecidos en este Contrato serán aplicables a cualquier modificación de la Infraestructura.
- (2) AZTECA declara conocer y aceptar que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de que EDELNOR le conceda no impedirá que EDELNOR continúe usando la Infraestructura para sus propios fines u otorgue a otras Personas derechos iguales o similares a los concedidos a AZTECA. En consecuencia, ni este Contrato ni algún Contrato Específico podrá otorgar exclusividad alguna a favor de AZTECA o imponer restricciones de uso de la Infraestructura a EDELNOR.
- (3) AZTECA serán el único responsable por la utilización de la Infraestructura para la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones.
- (4) Cualquier aprobación de EDELNOR respecto de los trabajos, procedimientos, métodos, sistemas y actividades a cargo de AZTECA no implica la liberación de responsabilidad de AZTECA. En consecuencia, aun cuando haya autorizado una acción específica por parte de AZTECA, EDELNOR tendrá derecho a ser indemnizado en caso dicha acción le genere daños o sanciones.
- (5) EDELNOR podrá modificar en cualquier momento su Infraestructura si es que la prestación de los servicios públicos a su cargo así lo requiere o si EDELNOR considera que tal acción es necesaria o conveniente para la prestación de los referidos servicios. Si la modificación de la Infraestructura genera la necesidad de realizar modificaciones a los trabajos que se aprueben o a los Cables de Fibra Óptica instalados, AZTECA asumirá a su costo tales modificaciones.
- (6) AZTECA podrá solicitar a EDELNOR la coubicación de equipos de telecomunicaciones en los locales de las subestaciones eléctricas de EDELNOR. De ser aprobada la coubicación por parte de EDELNOR, Las Partes suscribirán un acuerdo específico de coubicación de equipos. La retribución a la que hace referencia la Cláusula Cuarta no cubre la eventual coubicación de equipos



Cláusula Cuarta.-

Retribución

- (1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.
- (2) Por los servicios de evaluación de factibilidad de acceso y uso de Infraestructura, AZTECA pagará a EDELNOR la retribución indicada en el Anexo N° 1.
- (3) Por los servicios de instalación y de supervisión de los trabajos de instalación del Cable de Fibra Óptica en Infraestructura de alta tensión, media tensión y baja tensión AZTECA pagará a EDELNOR la retribución establecida en el Anexo N° 1. Así mismo es responsabilidad de AZTECA la entrega oportuna de los materiales a usar en la ubicación que indique EDELNOR. Queda bajo responsabilidad de EDELNOR los materiales menudos o menores a usar.
- (4) Las pruebas ópticas (de fusión y continuidad) que serán efectuadas para efectos de validar y dar por concluidos y aceptados los trabajos de instalación a ser provistos por EDELNOR se encuentran incluidas en los montos de la retribución por los servicios de instalación que se detallan en el Anexo N° 1.
- (5) En caso que AZTECA no cumpla con pagar los montos adeudados a EDELNOR en los plazos previstos al efecto, aquél incurrirá en mora automática. En tal caso, AZTECA pagará, además de los referidos montos, los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Legislación Aplicable.
- (6) En caso EDELNOR requiera realizar inversiones para adecuar la Infraestructura a los requerimientos de AZTECA, esta última deberá pagar una contraprestación adicional. Para tal fin, las Partes procederán de la siguiente manera: EDELNOR deberá evaluar la factibilidad técnica de la adecuación requerida por AZTECA en un plazo de 12 Días Hábiles. En caso que tal adecuación sea técnicamente factible, EDELNOR comunicará esta circunstancia a AZTECA, adjuntando el valor de las inversiones iniciales que requieren ser realizadas. AZTECA pagará el referido valor en el plazo máximo de 15 Días Hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la factura correspondiente. Producido el pago del referido valor, EDELNOR empezará la ejecución de las correspondientes obras. Si AZTECA no efectúa el pago del valor indicado en el plazo previsto, EDELNOR entenderá que AZTECA ya no requiere la adecuación presupuestada. En el supuesto de identificarse Infraestructura que requiera adecuación previa a la colocación del Cable de Fibra Óptica en un tramo o línea en particular, EDELNOR seguirá el procedimiento descrito en los acápites 6 y 7 de la presente Cláusula, sin perjuicio de la aprobación de la utilización por parte de AZTECA de la demás Infraestructura, que se encuentra en el tramo o línea, que no requiera dichos trabajos de adecuación.
- (7) Queda convenido entre las Partes que en caso se identifique la necesidad de efectuar trabajos de adecuación sobre uno o más elementos de la Infraestructura de EDELNOR que requiera ser empleado por AZTECA, EDELNOR autorizará a AZTECA efectuar los trabajos sobre los elementos de la Infraestructura que no requieren adecuación dentro de los plazos convenidos, debiendo AZTECA implementar una solución técnica provisional, la misma que será coordinada a través del Comité Técnico, a efectos de no emplear los elementos de la Infraestructura a ser adecuados.

Las referidas soluciones técnicas provisionales serán mantenidas hasta que EDELNOR haya culminado los trabajos de adecuación correspondientes, lo cual será comunicado a AZTECA a efectos que proceda a efectuar los trabajos de instalación regulares sobre dichos elementos en un plazo razonable y bajo las condiciones establecidas en el Contrato.



Con la finalidad de que EDELNOR pueda verificar la factibilidad técnica de instalar el equipamiento solicitado, AZTECA enviará el detalle de las estructuras mediante coordenadas georeferenciadas en WGS 84 con los detalles constructivos de la nueva instalación.

Cláusula Quinta.-

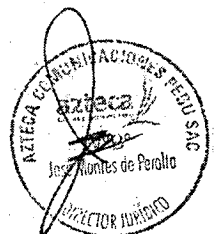
Plazo del Contrato

El presente Contrato estará vigente desde la fecha en que sea suscrito por las Partes y por todo el plazo en el que el Contrato de Concesión de AZTECA se encuentre vigente.

Cláusula Sexta.-

Control y Supervisión

- (1) EDELNOR se reserva el derecho de inspeccionar en forma permanente y sin necesidad de previo aviso la infraestructura de AZTECA instalada sobre la Infraestructura, así como el uso que se da a esta.
- (2) Sin perjuicio de ello, Las Partes acuerdan que mientras duren los trabajos de tendido del Cable de Fibra Óptica sobre Infraestructura de alta media, media tensión y de baja tensión, EDELNOR deberá contar en todo momento y de manera indefectible con personal de supervisión. Dicho personal de supervisión deberá pertenecer a una empresa de primer nivel con experiencia en trabajos de instalación sobre infraestructura eléctrica, la cual será contratada por EDELNOR, AZTECA asumirá el costo de la Supervisión según Anexo N° 1 del presente Contrato.
- (3) El responsable de la supervisión deberá ser un Ingeniero Eléctrico y/o de Telecomunicaciones o afines colegiado el mismo que responderá directamente las directivas impartidas por EDELNOR y cumplirá con remitir a EDELNOR, mientras duren los trabajos de instalación, lo siguiente:
 - a. En forma diaria: Evento relevante que se haya suscitado en campo
 - b. En forma semanal: Reporte de las actividades efectuadas en campo
- (4) En caso que EDELNOR detecte diferencias de exceso entre lo estipulado en el presente Contrato y lo efectivamente instalado por AZTECA, deberá proceder a comunicar por escrito a esta última dichas diferencias, otorgándole un plazo no menor de diez (10) Días Hábiles para que AZTECA presente sus descargos a las observaciones planteadas y/o presente, a satisfacción de EDELNOR, un plan mediante el cual regularice esta situación. Vencido el plazo se procederá a una inspección conjunta para comprobar dichas diferencias a fin de subsanarlas y determinar las modificaciones a que hubiere lugar.
- (5) Luego de efectuada la inspección conjunta y de constatare por ambas partes la existencia de diferencias, EDELNOR otorgará a AZTECA un plazo razonable para que dé solución definitiva a la irregularidad existente. Dicho plazo en ningún caso podrá exceder 20 Días ni ser menor a 10 Días Hábiles.
- (6) En caso no se proponga una solución satisfactoria o no se subsane la irregularidad existente en los plazos señalados, EDELNOR podrá efectuar el cobro correspondiente por la Infraestructura excedente detectada y aplicar la penalidad correspondiente.



Cláusula Octava.-

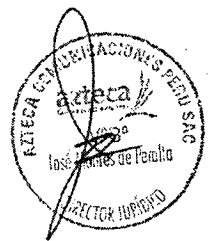
Comité Técnico

- (1) Con el fin de coordinar las actividades que en desarrollo de este Contrato deban desarrollar las Partes, se conformará un Comité Técnico dentro de los quince (15) Días siguientes a la suscripción de este Contrato. El referido comité estará integrado por dos representantes de cada una de las Partes y tendrá como función estudiar, analizar y programar la totalidad de asuntos operacionales y técnicos involucrados en la ejecución de este Contrato.
- (2) El Comité Técnico tendrá funciones ejecutoras y en caso de hacerse necesaria la adopción de nuevos acuerdos que modifiquen, amplíen o en general tengan efectos sobre el objeto de este Contrato, formulará las recomendaciones pertinentes a sus representantes legales para la adopción de las determinaciones que resulten pertinentes. El Comité Técnico adoptará su propio reglamento en el que fijará la periodicidad de sus reuniones, lugar, asuntos de conocimiento y demás temas relativos a sus funciones.
- (3) En caso que para la implementación de alguna recomendación del Comité Técnico sea necesario modificar alguna disposición del presente Contrato, las Partes se obligan a suscribir la adenda o cláusula adicional correspondiente

Cláusula Novena.-

Aspectos Operativos

- (1) Cuando las obras realizadas por AZTECA o la infraestructura de AZTECA genere riesgo o afecte la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR, y/o las condiciones de estabilidad mecánica de la Infraestructura, EDELNOR se reserva el derecho de remover uno o más elementos de las obras o de la infraestructura de AZTECA. En dichos casos, EDELNOR deberá comunicar a AZTECA su decisión de remover los referidos elementos con quince (15) Días de anticipación, sustentando las razones de su decisión y otorgando dicha información a AZTECA para que pueda realizar las subsanaciones o reubicaciones correspondientes. Al vencimiento del plazo de quince (15) Días, y siempre que continúe la afectación por parte de las obras o la infraestructura de AZTECA, EDELNOR se encuentra facultado para efectuar las acciones de remoción que correspondan, cargando a AZTECA los gastos en que incurra por dichas acciones. El ejercicio del derecho de remoción no generará responsabilidad ni penalidad alguna para EDELNOR. En estos casos, EDELNOR procederá a aplicar una penalidad a AZTECA siempre que la generación del riesgo o afectación de la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR y/o las condiciones de estabilidad mecánica de la Infraestructura sean generadas por causas directamente imputables a AZTECA.
- (2) Cuando la infraestructura de AZTECA afecte la seguridad de personas o genere riesgo inminente de afectación a la seguridad de las personas, de evento emergencia o de peligro, EDELNOR podrá realizar la exclusión de los Cables de Fibra Óptica de AZTECA de forma inmediata y guardando un registro que acredite las situaciones de seguridad que motivaron la exclusión. Salvo que no sea posible por la emergencia de la situación, EDELNOR comunicará a AZTECA dentro de las dos (2) horas siguientes de detectada la emergencia, vía correo electrónico, las acciones a ser tomadas a fin de que esta última pueda apersonar un representante o una cuadrilla para verificar la situación y presenciar la exclusión. La ausencia del representante o cuadrilla de AZTECA no impedirá a EDELNOR llevar a cabo la exclusión. De no apersonarse representante alguno de AZTECA al momento de la exclusión, EDELNOR notificará a esta última, a la brevedad, las acciones realizadas. El ejercicio del derecho de exclusión no generará responsabilidad ni penalidad alguna para EDELNOR. En estos casos, EDELNOR procederá a aplicar una penalidad a AZTECA siempre que la emergencia sea generada causas directamente imputables a AZTECA.



- (3) EDELNOR podrá reemplazar o trasladar uno o más elementos de la Infraestructura. En este sentido, AZTECA podrá reinstalar los Cables de Fibra Óptica en los elementos de la Infraestructura objeto de trasladado o reemplazo, siempre y cuando las condiciones de servicio de EDELNOR lo permitan y se cumplan las condiciones establecidas en los reglamentos técnicos y de seguridad aplicables. En caso de reemplazo o traslado, EDELNOR comunicará esta circunstancia por escrito a AZTECA con siete (7) Días de anticipación, indicando los elementos de la Infraestructura que serán objeto de reemplazo o traslado, con el propósito que AZTECA tome las previsiones del caso.
- (4) Será de cargo de AZTECA el mantenimiento y/o la reparación de su infraestructura. AZTECA se obliga a no manipular la Infraestructura, de forma que ponga en riesgo la seguridad de las personas, la seguridad de los bienes de EDELNOR y/o la continuidad del servicio que presta EDELNOR. En cada oportunidad AZTECA deberá contar con la autorización de EDELNOR. De ninguna manera AZTECA podrá realizar trabajos en la Infraestructura arriesgando la integridad de las personas, la integridad de los bienes de EDELNOR y la continuidad y calidad del suministro eléctrico a cargo de EDELNOR.
- (8) EDELNOR se encuentra facultado a manipular la infraestructura de AZTECA cuando sea necesario para la restitución del servicio eléctrico o para la superación de cualquier falla en la red de distribución, debiendo comunicar a AZTECA con una anticipación razonable las acciones a ser realizadas a fin de que esta última pueda apersonar un representante o una cuadrilla para presenciar las referidas acciones. La ausencia de representante de AZTECA no impedirá a EDELNOR llevar a cabo la acción correspondiente. De no apersonarse representante de AZTECA al momento de la manipulación, EDELNOR deberá comunicar a AZTECA, a la brevedad posible, sobre las acciones realizadas. El ejercicio del derecho de manipulación no generará responsabilidad ni penalidad alguna para EDELNOR.
- (9) En cualquier caso EDELNOR y AZTECA están obligados a informarse mutuamente sobre cualquier desperfecto, falla o situación de peligro que pudieran observar en la infraestructura de la otra parte durante la ejecución de labores de mantenimiento y/o reparación.

Cláusula Décima.-

Obligaciones

- (1) Sin perjuicio de las descritas en otras cláusulas de este Contrato, son obligaciones de AZTECA:
 - (a) Entregar a EDELNOR, al momento de la suscripción del presente Contrato, la planimetría completa de la red que instalará en la Infraestructura. La información de planimetría debe ser en medio digitales (georreferenciados) con el código de infraestructura que corresponda.
 - (b) Entregar a EDELNOR, en el plazo máximo de 15 Días, una base de datos de los trabajos de tendido a ser realizados en la Infraestructura, con el siguiente detalle: (i) código de infraestructura; (ii) tipo de soporte empleado (de acuerdo a las normas propias); (iii) cálculos de cargas; (iv) cálculos mecánicos; (v) fotos; y, (vi) cualquier otra información requerida por EDELNOR.
 - (c) Utilizar la Infraestructura únicamente para instalar los Cables de Fibra Óptica y contando previamente con la autorización expresa y por escrito del personal autorizado para dichos efectos por EDELNOR.
 - (d) Emplear personal capacitado y equipo apropiado para la Operación y Mantenimiento de los Cables de Fibra Óptica instalados en la Infraestructura de EDELNOR. Todo personal que se encuentre laborando en la Infraestructura deberá contar con todos los elementos



de protección personal y de seguridad exigidos por la Legislación Aplicable. EDELNOR podrá no autorizar la realización de trabajos del personal de AZTECA en caso dicho personal no cuente con los elementos antes indicados.

- (e) En caso de subcontratación, obtener la autorización previa y por escrito de EDELNOR.
 - (f) Cumplir con la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo, de modo que el personal que ejecute los Proyectos esté debidamente protegido.
 - (g) Remitir a EDELNOR, con una anticipación de cinco (5) Días, el cronograma y la lista de actividades semanales que programe realizar en la Infraestructura, indicando fechas, tiempos de intervención, áreas de intervención y personas que participarán.
 - (h) Obrar con la diligencia debida, al adecuar, ubicar, o colocar sus instalaciones, equipos o acometidas, cumpliendo en todo momento las Normas Técnicas y la Legislación Aplicable. Los trabajos que se efectúen en virtud del presente Contrato de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia interferirán con la prestación de los servicios públicos a cargo de EDELNOR.
 - (i) Velar debidamente por la seguridad de las personas y de los bienes que puedan ser afectadas por el desarrollo de las labores en ejecución de los Proyectos.
 - (j) Solicitar todo permiso o autorización que corresponda a EDELNOR de manera escrita y con una anticipación como mínimo de 24 horas.
 - (k) Asumir el costo, el riesgo y la responsabilidad de los trabajos de Operación y Mantenimiento aprobados por EDELNOR.
 - (l) Adicionalmente, las establecidas en la Ley N° 29904 y su Reglamento.
 - (m) Gestionar, tramitar y asumir los costos de todo permiso municipal, provincial, regional y/o gubernamental para la ejecución de los trabajos de instalación, operación y mantenimiento de la fibra óptica.
 - (n) Gestionar, tramitar y asumir los costos todo permiso a terceros que corresponda para la ejecución de los trabajos de instalación, operación y mantenimiento de la fibra óptica.
- (2) Si EDELNOR advierte la existencia de algún incumplimiento de alguna de las obligaciones a las que hace referencia en numeral (1) precedente, EDELNOR podrá suspender los trabajos objeto del presente Contrato u otorgar un plazo de subsanación no mayor de 15 Días. En caso opte por esto último y AZTECA no cumpla con la subsanación correspondiente en el plazo indicado, EDELNOR podrá resolver este Contrato.
- (3) Constituyen obligaciones de EDELNOR:
- (a) Entregar a AZTECA, en un plazo de diez (10) Días, la planimetría pertinente de la Infraestructura. En caso de requerirse el análisis de carga en alguna estructura que compone la red, EDELNOR deberá suministrar los datos de las especificaciones técnicas como: tipo y características de la estructura, cargas de diseño, factores de seguridad, antigüedad de la infraestructura, estado actual, cruces existentes con otras líneas de transmisión, entre otros, en función a los datos que obren en su poder.
 - (b) Prestar los servicios detallados en el Anexo 1 de acuerdo a los términos, condiciones y alcances detallados en el presente Contrato y sus anexos y dando estricto cumplimiento a la normativa técnica y legal aplicable a los mismos.



- (b) Previa solicitud notificada con tres (3) Días de anticipación, dar acceso al personal de AZTECA a la Infraestructura, a fin de dar cumplimiento al objeto del presente contrato y/o se efectúe una labor de operación o mantenimiento.
- (c) Dar aviso escrito a AZTECA, con quince (15) Días de antelación, sobre cualquier labor de mantenimiento (preventivo y/o correctivo), limpieza, ampliación u otra similar que realice en la Infraestructura.
- (d) Velar porque sus empleados y contratistas no afecten los Cables de Fibra Óptica de AZTECA ni los elementos que la componen.
- (e) Reparar o reponer por el valor comercial los bienes de AZTECA que resulten dañados por causas imputables a EDELNOR, sus empleados y/o contratistas.
- (f) Dar mantenimiento a la Infraestructura en los términos legalmente establecidos. Asimismo, reparar la Infraestructura en los términos legalmente establecidos
- (g) Dar cumplimiento a las medidas de seguridad establecidas por el Código Nacional de Electricidad, la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos y demás normas técnicas, procurando que no se produzcan efectos de la red eléctrica sobre la red de telecomunicaciones, no siendo responsable si ello ocurriese debido a actos de terceros o del propio AZTECA.
- (h) Trasladar oportunamente a AZTECA cualquier observación, pedido de subsanación, solicitud o similares que realicen las autoridades y que se encuentren referidas a obligaciones administrativas relacionadas con su red para que realice los descargos y subsanaciones a que haya lugar.
- (i) Poner en conocimiento de AZTECA los planes de manejo ambiental, las licencias ambientales que deban ser cumplidas, permisos viales y servidumbres relacionados con el uso de la Infraestructura.

Cláusula Undécima.-

Eventos de Incumplimiento

- (1) Constituyen eventos de incumplimiento de AZTECA:
 - (a) Utilizar la Infraestructura para fines distintos a los previstos en este Contrato.
 - (b) Utilizar la infraestructura de EDELNOR sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito del mismo.
 - (c) No pagar oportunamente la retribución debida a EDELNOR.
 - (d) Emplear personal no capacitado y/o equipo no apropiado para la instalación de los Cables de Fibra Óptica y/o la ejecución de los trabajos.
 - (e) Emplear subcontratistas sin la aprobación previa y escrita de EDELNOR.
 - (f) No mantener indemne a EDELNOR, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera.
- (2) Constituyen eventos de incumplimiento de EDELNOR aquellos que supongan la inexecución de las obligaciones a cargo de EDELNOR, siempre y cuando haya transcurrido un periodo de subsanación de 15 Días.

[Handwritten signature]



Cláusula Duodécima.-

Resolución del Contrato

- (1) EDELNOR podrá resolver este Contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, en caso que:
 - (a) Se produzca alguno de los eventos de incumplimiento contemplados en el numeral (1) de la Cláusula Undécima.
 - (b) Se produzca un Efecto Sustancialmente Adverso.
- (2) En caso de resolución de ese Contrato, AZTECA procederá a realizar de inmediato los Trabajos de Remoción. Dichos trabajos deberán ser realizados en el plazo máximo de seis (6) meses. AZTECA deberá seguir realizando el pago de la Retribución hasta la finalización de los Trabajos de Remoción.
- (3) Concluido el plazo al que se refiere el numeral (2) precedente sin que los Trabajos de Remoción hayan concluido por completo, AZTECA pagará a EDELNOR una penalidad diaria ascendente al doble del monto de la Retribución.

Cláusula Decimotercera.- Indemnización

- (1) Todos los daños y perjuicios que se produzcan por la utilización de la Infraestructura serán de responsabilidad exclusiva de AZTECA, siempre que dichos daños y perjuicios sean generados por causas imputables a AZTECA.
- (2) Todos los daños generados a terceras Personas por la utilización de la Infraestructura, sean personales o patrimoniales, serán indemnizados exclusivamente por AZTECA en caso se demuestre mediante resolución judicial firme que fueron generados como resultado de alguna acción u omisión por parte de AZTECA o su personal designado.

Sin perjuicio de ello, AZTECA tendrá la obligación de restituir a EDELNOR toda suma que eventualmente éste hubiera pagado a título de indemnización por los referidos daños, más las costas y costos procesales en que incurriera; siendo de aplicación intereses moratorios en caso que AZTECA no cumpla con la restitución de dichos montos en un plazo máximo de cinco (5) Días Hábiles de haber recibido el requerimiento por escrito de EDELNOR y la documentación sustentatoria correspondiente y siempre que se cumplan con las condiciones previstas en el presente párrafo. En dicho caso, la tasa de interés moratorio aplicable será la prevista por el Banco Central de Reserva de Perú para operaciones entre personas ajenas al sistema financiero, en la moneda que corresponda. La obligación de restitución de AZTECA materia de este párrafo será de aplicación siempre que (i) AZTECA haya sido informado por escrito previamente por EDELNOR sobre el inicio del proceso judicial correspondiente en un plazo no mayor de quince (15) Días Hábiles de iniciado el mismo; y, (ii) AZTECA haya aprobado previamente y por escrito el monto a pagar por concepto de indemnización; salvo que dicho monto sea ordenado por un juez o una autoridad competente.

- (3) AZTECA se obliga a indemnizar y mantener libre de todo daño, perjuicio, demanda o reclamo a EDELNOR, a sus afiliadas, subsidiarias y a sus directores, funcionarios, empleados y agentes (cualquiera de ellas una "Persona Indemnizable") contra cualquier daño, pérdida, gasto (incluyendo honorarios y gastos de asesoramiento), responsabilidad, sanción, multa y/o contingencia derivada directamente de, o relacionada directa con, (i) la suscripción y ejecución de este Contrato; y/o, (ii) la ejecución de algún trabajo; y/o, (iii) la utilización de la Infraestructura para la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones; salvo que el daño, pérdida, gasto, responsabilidad, sanción, multa o contingencia sea resultante de dolo o



negligencia grave atribuible a una Persona Indemnizable y/o EDELNOR, cuando ello quede determinado por una decisión final y no apelable de un tribunal de jurisdicción competente.

- (4) Las Partes declaran expresamente que la responsabilidad de AZTECA frente a EDELNOR y a terceras Personas es de naturaleza objetiva. Asimismo, las disposiciones de esta cláusula únicamente son aplicables a los daños directos de parte de AZTECA, excluyendo consecuentemente la indemnización por daños indirectos y daño ulterior y/o el lucro cesante.

Cláusula Decimocuarta.-

Disposiciones Complementarias

- (1) **Confidencialidad.** La información que Las Partes se proporcionen entre sí o a la que cualquiera de ellas tenga acceso directa o indirectamente como consecuencia de la negociación y/o ejecución de este Contrato ("Información") es confidencial y deberá ser resguardada como tal por Las Partes, tanto durante la vigencia de este Contrato como después de su terminación por un plazo de cinco (05) años.

En consecuencia, ambas Partes asumen la obligación de (i) no revelar la Información a terceras Personas, sea en forma onerosa o gratuita; (ii) no hacerla pública; (iii) no utilizarla de un modo distinto al que requiere la finalidad de este Contrato; (iv) no difundirla entre sus empleados, dependientes y/o subcontratistas más allá de lo estrictamente necesario para tal finalidad. La obligación referida alcanza a los empleados, dependientes y subcontratistas de Las Partes, por lo que éstas se hace responsables, en los términos establecidos por el Artículo 1470 del Código Civil, de que tales empleados, dependientes y subcontratistas mantengan la confidencialidad y reserva de la Información. Cualquier incumplimiento de esta obligación otorgará a Las Partes el derecho a exigir el pago de la indemnización correspondiente.

- (2) **Cesión.** AZTECA no podrá transferir sus derechos, obligaciones o posición contractual a ninguna Persona, a no ser que cuente con la aprobación previa y escrita de EDELNOR.

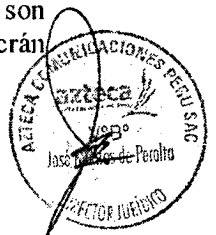
AZTECA autoriza a EDELNOR a ceder en su totalidad los derechos y obligaciones del presente contrato, siempre y cuando dicha cesión se efectúe a una empresa cuya concesión o autorización la faculte a la provisión de los servicios que son objeto del presente contrato y que el cesionario acepte íntegramente los derechos y obligaciones que emanan del presente contrato.

En caso se produzca la caducidad de la concesión a la que se refiere la Cláusula 58 del Contrato de Concesión, por medio de la presente Cláusula, EDELNOR otorga su conformidad expresa en forma irrevocablemente y por adelantado, a la cesión de la posición contractual de AZTECA a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (concedente del Contrato de Concesión) o a favor de cualquier concesionario que reemplace a AZTECA a sola opción del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 1435 del Código Civil. En consecuencia EDELNOR declara conocer y aceptar que para que la cesión de posición contractual surta efectos, será suficiente que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le comunique, mediante carta notarial, que ha surtido efectos la cesión de posición contractual. Las disposiciones de esta cláusula serán igualmente aplicables en el caso de cesión o transferencia de la concesión por parte del AZTECA materia del Contrato de Concesión tal y como lo prevé la cláusula 50 del Contrato de Concesión.

Bajo circunstancia alguna esta cesión de posición contractual podrá afectar o disminuir los derechos y/o los remedios contractuales o legales de EDELNOR. En caso contrario, EDELNOR podrá dar por resuelto de inmediato este Contrato.

- (3) **Autonomía.** Las obligaciones contraídas por las Partes en virtud de este Contrato son autónomas frente a cualesquiera otras que vinculen o lleguen a vincular a las Partes y deberán

Handwritten signature



cumplirse en consecuencia de manera independiente de cualquier circunstancia surgida de otro contrato, acuerdo o convenio.

- (4) Afectación Parcial. En el caso de que alguna o algunas de las cláusulas de este Contrato, fuesen declaradas nulas, carentes de validez, ineficaces o inexigibles por tribunal o autoridad competente, las restantes cláusulas no se verán afectadas por dicha declaración, sino que conservarán su validez, eficacia y/o exigibilidad en la mayor medida permitida por la ley. Cualquier disposición inválida o inexigible será renegociada por las Partes, con el fin de sustituirla por una disposición que sea válida y exigible y que refleje mejor la intención original de la disposición inválida o inexigible.
- (5) Tolerancia y Renuncia. La tolerancia de una de las Partes a soportar incumplimientos de cualquier índole imputables a la otra no podrá ser considerada como aceptación del hecho tolerado, ni como precedente para su repetición. Es decir, la pasividad de una Parte ante un incumplimiento de la otra no constituirá, en caso alguno, precedente que pueda ser invocado en futuros incumplimientos.

La renuncia por cualquiera de las Partes a reclamar responsabilidades por cualquier falta o incumplimiento en la ejecución de este Contrato deberá ser expresa y escrita. Cualquier renuncia efectuada por las Partes no constituirá renuncia al derecho a reclamar por posteriores faltas o incumplimientos en la ejecución de este Contrato.

- (6) Actos u Omisiones de la otra Parte. Ninguna de las Partes será responsable de alguna demora o incumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato o cualquier Anexo en la medida en que dicha demora o incumplimiento haya sido provocado por una violación del presente Contrato o Anexo por la otra Parte.
- (7) Comunicaciones. Las notificaciones, solicitudes y en general comunicaciones que las Partes deban o requieran cursar serán enviadas por escrito, fax, telegrama colacionado, e-mail u otro medio fehaciente, a las siguientes personas y direcciones:

EDELNOR:
FIORELLA ROBLES ALVARADO
fiorella.robles@enel.com

AZTECA:
JOSE MONTES DE PERALTA
jamontes@azteca-comunicaciones.com

- (8) Renuncia. EDELNOR renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones y los funcionarios de ambos, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 51 del Contrato de Concesión y con los límites permitidos por la Legislación Aplicable.
- (9) Resolución por Caducidad de la Concesión. El presente Contrato quedará resuelto de pleno derecho y de manera automática cuando se produzca la caducidad de la concesión a la que se refiere la Cláusula 58 del Contrato de Concesión, salvo que, se resuelva la continuación de este mediante la cesión de posición contractual a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o a un nuevo concesionario según lo establecido en el numeral (2) de la presente cláusula del Contrato. En dicho caso, AZTECA pagará el monto de cualquier contraprestación pendiente por servicios prestados bajo los términos del presente Contrato.



Cláusula Decimoquinta.-

Penalidades

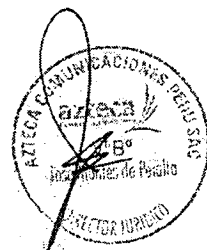
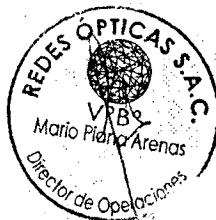
- (10) Por incumplimiento de pago de más de dos meses de facturación.
- (11) En cada oportunidad que se detecte que la infraestructura de AZTECA generó riesgo o afectó la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR.
- (12) Por realizar mantenimiento y/o la reparación de su infraestructura apoyada en infraestructura de EDELNOR sin autorización de EDELNOR.

Cláusula Decimosexta.-

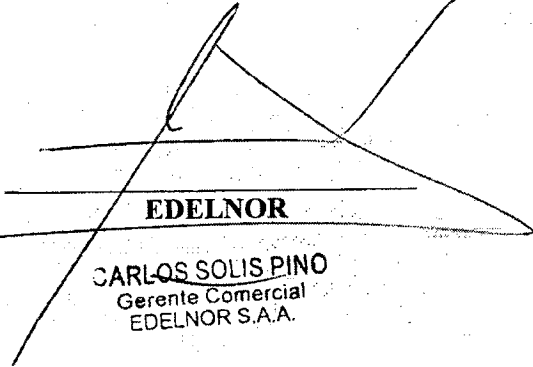
Resolución de Conflictos y Arbitraje


- (1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [*] Días Hábiles.
- (2) Si a criterio de una de las Partes la duda, diferencia o controversia a la que se refiere el numeral precedente no puede resolverse mediante el mecanismo y en el plazo previsto en dicho numeral, entonces dicha duda, diferencia o controversia será resuelta mediante arbitraje de derecho a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros que necesariamente deberán ser abogados colegiados. Dicho arbitraje será realizado conforme con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.
- (3) Cada una de las Partes nombrará un árbitro. Los dos árbitros nombrados por las Partes nombrarán a su vez al tercer árbitro, quien ejercerá la presidencia del Tribunal Arbitral. En caso de que los árbitros escogidos por las Partes no pudieran llegar a acuerdo respecto a la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles contado desde que una Parte notifique a la otra su intención de acogerse a esta cláusula arbitral, este árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima.
- (4) El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, en idioma español y la duración del mismo no podrá exceder los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la fecha de instalación del Tribunal Arbitral hasta la expedición del laudo respectivo.
- (5) El laudo del Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. Los gastos del proceso serán asumidos por la(s) parte(s) que no se vea(n) favorecida(s) con la decisión del Tribunal Arbitral.

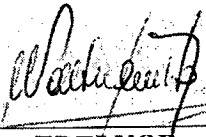
En caso de que alguna de las partes decidiera interponer recurso de anulación contra el laudo arbitral ante el Poder Judicial, deberá constituir previamente a favor de la parte contraria una Carta Fianza otorgada por un banco de primer orden con sede en Lima, equivalente al sesenta por ciento (60%) del monto del servicio contratado, la cual será ejecutable en caso que dicho recurso, en fallo definitivo, no fuera declarado fundado. Dicha Carta Fianza deberá estar vigente durante el tiempo que dure el proceso promovido.

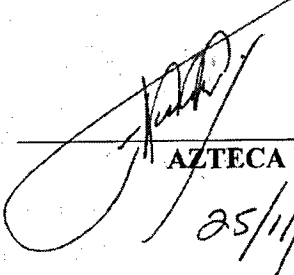


Suscrito en dos (02) ejemplares del mismo tenor en la ciudad de Lima a los nueve días del mes de noviembre del 2015.


EDELNOR
CARLOS SOLIS PINO
Gerente Comercial
EDELNOR S.A.A.

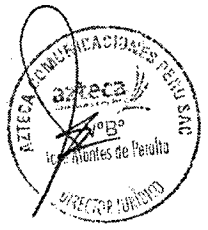
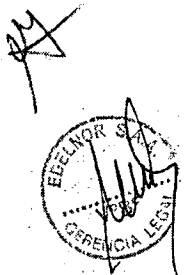

AZTECA
25/NOV/15


EDELNOR 15/12/2015
WALTER SCIUTTO
Gerente General
EDELNOR S.A.A.


AZTECA
25/11/15.



FRANCISCO MADRAZO DE LA TORRE
GERENTE GENERAL



Anexo No. 1
Condiciones Económicas

En contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica objeto del presente contrato, AZTECA pagará una retribución mensual a EDELNOR equivalente al valor mensual que resulte de la suma de las multiplicaciones de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el párrafo siguiente por el total de la infraestructura correspondiente que se esté utilizando. Asimismo, queda expresamente convenido entre las partes que EDELNOR tendrá el derecho de efectuar el cobro de la contraprestación correspondiente (remisión de la factura pertinente) a partir del momento en el cual AZTECA proceda a hacer uso efectivo de la Infraestructura Eléctrica retribución. AZTECA deberá cancelar la referida factura dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la fecha de recepción de la misma.

(1) Retribución por el uso de la Infraestructura Eléctrica

Nivel de Tensión	Renta Mensual (S/.) sin incluir IGV
BT	S/. 5.92
MT	S/. 15.70
AT	S/. 177.32

(2) Retribución por Factibilidad de uso de la Infraestructura Eléctrica

Descripción	Valor total por factibilidad (S/.) sin incluir IGV
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en BT detallada en el Anexo No. 2 ($U \leq 1kV$)	S/. 80,000
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en MT detallada en el Anexo No. 2 ($1kV < U \leq 35kV$)	S/. 85,000
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en AT detallada en el Anexo No. 2 ($35kV < U \leq 230kV$) (Incluye la Ingeniería Básica y la emisión del presupuesto de adecuación de redes AT)	S/. 235,000

(*) En cuanto a MT- BT: se refiere a los proyectos de ingeniería en las redes MT y BT, considerados por reformas moderadas en promedio. Plazo 12 días hábiles.

EDELNOR emitirá y entregará a AZTECA dentro de los plazos establecidos en el presente Contrato para dicha finalidad, un informe de factibilidad de uso respecto de cada uno de los tipos de infraestructura eléctrica (baja, media y alta tensión).

Queda convenido que los montos de retribución antes señalados serán cancelados por AZTECA dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de entrega formal de los informes de factibilidad de uso a los que se refiere el párrafo precedente.

(3) Retribución por la Supervisión de Trabajos de Instalación de Fibra Óptica

La retribución por la supervisión de los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la infraestructura de EDELNOR estipulado en la Cláusula Cuarta del presente documento serán los valores totales que se presenta a continuación:



Descripción	Valor total por supervisión (S/) sin incluir IGV
En la totalidad de la infraestructura eléctrica de Baja Tensión detallada en el Anexo No. 2 ($U \leq 1kV$)	S/. 85,000
En la totalidad de la infraestructura de Media Tensión detallada en el Anexo No. 2 ($1kV < U \leq 35kV$)	S/. 95,000
En la totalidad de la infraestructura de Alta Tensión detallada en el Anexo No. 2 (AT: $35kV < U \leq 230kV$) (Considera la Inspección Externa en la Ejecución de los trabajos de instalación de Fibra Óptica y accesorios)	S/. 250,000
Monto total por el servicio de supervisión	S/. 430,000

EDELNOR realizará la Supervisión de los trabajos de Instalación de los Cables de Fibra Óptica en su Infraestructura Eléctrica, en los que se debe cumplir el Código Nacional de Electricidad – Suministro 2011, la Norma de Distribución “Instalación y Distancias Mínimas de Seguridad de cables de comunicación en postes de media y baja tensión” y el Reglamento sobre Seguridad y Salud en el Trabajo de las Actividades Eléctricas, aprobado por Resolución Ministerial N° 111-2013-MEM/DM, realizando lo siguiente:

- Verificar que en campo exista y que se cumplan los Procedimientos de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR y las normas aplicables.
- Revisar que el plano Proyecto de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR que se tenga en campo sea el aprobado por EDELNOR, y en el cual se detallen la Infraestructura Eléctrica a utilizar.
- Verificar que el personal a cargo de realizar los trabajos esté capacitado en la tarea, lo cual se verificará con la Lista de personal calificado.
- Verificar que se cuenten con los equipos de protección personal y herramientas adecuadas para realizar la tarea, de acuerdo a los Procedimientos de Instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR.
- Verificar que existan las condiciones en el entorno para realizar los trabajos de una manera segura.
- Verificar correcta señalización de la zona de trabajo.
- Verificar la correcta instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica cumpliendo las distancias de seguridad a las redes de energía y al suelo.
- Verificar la ejecución de los trabajos de despliegue conforme al “Cronograma de Ejecución de Obras”, el cual forma parte integrante del presente contrato en calidad de Anexo 3 (el “Cronograma”).
- Entregar un informe por escrito semanal de los avances de la operación destacando las metas cumplidas en el proceso de construcción y los hallazgos de tipo técnico, administrativo, HSE y en general cualquier hallazgo derivado del proceso de construcción. El contenido de este informe será acordado por AZTECA y EDELNOR.
- Hacer el acompañamiento a las visitas y recibos de obra que realice el MTC (y/o el supervisor designado por esta entidad para dicho efecto), así como aportar la información requerida por ellos previa aprobación por escrito de AZTECA.
- Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del presente contrato EDELNOR deberá presentar un plan de trabajo que incluya los recursos a utilizar y el cronograma que desarrollará en la ejecución de los servicios de supervisión materia de este numeral 3. Para lo anterior, EDELNOR deberá tener en cuenta el Cronograma.



[Handwritten signature]

Los montos de retribución antes detallados comprenden a la totalidad de los servicios de supervisión a ser provistos por EDELNOR y/o la(s) empresa(s) que para tal finalidad contrate directamente EDELNOR (en cuyo caso EDELNOR mantendrá la responsabilidad por dichos servicios), así como la totalidad gastos correspondientes, y que son requeridos en cada uno de los tipos de infraestructura eléctrica (baja, media y alta tensión), los mismos que han sido determinados a partir del análisis de la totalidad de los trabajos de instalación que son requeridos por AZTECA sobre la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR.

El monto total señalado en el cuadro previsto en el este numeral 3 (el "Monto Total por Supervisión"), será pagado por AZTECA de la siguiente manera:

- (i) Un primer pago equivalente al cincuenta por ciento (50%) del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR alcance un treinta por ciento (30%) de avance de la supervisión total de los kilómetros de tendido en cuestión, siempre que EDELNOR haya ejecutado los trabajos de supervisión de conformidad con los términos de este Anexo y previa presentación de la factura correspondiente.
- (ii) Un segundo pago equivalente al cuarenta por ciento (40%) del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR alcance un setenta por ciento (70%) de avance de la supervisión total de los kilómetros de tendido en cuestión, siempre que EDELNOR haya ejecutado los trabajos de supervisión de conformidad con los términos de este Anexo y previa presentación de la factura correspondiente.
- (iii) Un tercer y último pago equivalente al diez por ciento (10%) restante del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que EDELNOR presente el informe escrito final de supervisión requerido por AZTECA contra entrega de la factura correspondiente. El informe detallará los hallazgos (incluyendo registros fotográficos) de tipo técnico, administrativo, HSE y en general cualquier hallazgo encontrado durante el proceso de despliegue en cuestión en atención a las tareas de supervisión a su cargo que se describen en el presente numeral.

(4) Retribución por la Instalación de Trabajos de Instalación de Fibra Óptica

La retribución por los servicios de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la infraestructura de EDELNOR estipulado en la Cláusula Cuarta del presente documento será calculado conforme los valores totales que se presenta a continuación:

Descripción	Valor total por instalación (S/) sin incluir IGV
Instalación y pruebas del Cable de Fibra Óptica en la totalidad de la Infraestructura Eléctrica de alta tensión, media tensión y baja tensión propiedad de EDELNOR detallada en el Anexo No. 2 (el "Monto Total por el Servicio de Instalación").	S/. 4,788,000

El valor precedente incluye las pruebas de fusión y continuidad mencionadas en la Cláusula Cuarta del presente documento, incluyendo los consumibles y demás gastos generados por los



[Handwritten signature]

trabajos de instalación y pruebas. AZTECA proveerá el cable de fibra óptica, los herrajes, ODFs y etiquetas correspondientes.

El Monto Total por el Servicio de Instalación se pagará de la manera siguiente:

- (i) Un primer pago equivalente al quince por ciento (15%) del Monto Total por el Servicio de Instalación, en calidad de adelanto, siempre que EDELNOR haya presentado la factura correspondiente con quince (15) días de anticipación.
- (ii) Un segundo pago equivalente al sesenta y cinco por ciento (75%) del Monto Total por el Servicio de Instalación, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR culmine (100%) del tendido materia del presente Contrato y éste sea validado y realizado a satisfacción de AZTECA, contra entrega de la factura correspondiente.
- (iii) Un tercer y último pago equivalente al diez por ciento (10%) restante del Monto Total por el Servicio de Instalación, en un plazo máximo de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que EDELNOR entregue la totalidad de informes escritos requeridos por AZTECA y a entera satisfacción de ésta, con respecto de los trabajos de instalación y el resultado de las pruebas. El contenido de dichos informes será establecido por AZTECA atendiendo a los requerimientos establecidos en su respectivo Contrato de Concesión.

EDELNOR realizará la instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de acuerdo al Proyecto elaborado por AZTECA y el Cronograma, los cuales serán debidamente validados en base a los trabajos de factibilidad de uso a ser provistos por EDELNOR. En dicho sentido, será responsabilidad de EDELNOR que los trabajos de instalación sean efectuados cumpliendo con las normas técnicas aplicables y con los procedimientos y manuales de instalación determinados por EDELNOR.

En consecuencia, queda convenido que los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica sobre la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR serán efectuados por EDELNOR y/o la(s) empresa(s) que para tal finalidad contrate directamente, debiendo AZTECA asumir el monto arriba detallado por dicho concepto.

Asimismo, queda convenido entre AZTECA y EDELNOR que los servicios de instalación deberán cumplir con las siguientes condiciones:

- (i) La instalación de los Cables de Fibra Óptica se efectuará de acuerdo a las especificaciones técnicas y manuales de AZTECA, el Cronograma y al proyecto elaborado por AZTECA, verificando que cumple en todo momento con lo indicado en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas vigentes;
- (ii) Se asegurará que los soportes de los Cables de Fibra Óptica y elementos de anclaje en las estructuras de EDELNOR estén en buen estado de conservación, debiendo ser de material resistente a la corrosión;
- (iii) La retribución por los servicios de instalación comprende la totalidad de los trabajos de instalación y gastos que son requeridos efectuar por AZTECA sobre la Infraestructura Eléctrica de propiedad de EDELNOR. La instalación de los Cables de Fibra Óptica en estructura que no es propiedad de EDELNOR es responsabilidad de AZTECA;



(iv) La ejecución de los servicios de instalación deberán cumplir con los tiempos a ser definidos en el Cronograma;

(v) Los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica se considerarán completados al obtener los resultados técnicos favorables, a criterio de AZTECA, de las pruebas ópticas (fusión y continuidad) establecidas por AZTECA.

(vi) Al finalizar los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica, EDELNOR entregará a AZTECA la documentación correspondiente (cartera, planos y protocolos de pruebas ópticas) requerida por AZTECA.

(vii) EDELNOR asume el riesgo y responsabilidad de la integridad de los trabajos hasta su recepción por AZTECA, sin observaciones, siguiendo los términos previstos en el presente Contrato. En consecuencia, será de responsabilidad de EDELNOR hasta dicha recepción, las pérdidas o daños que sufran los materiales de su propiedad o materiales entregados por AZTECA, así como de los daños a terceros o a la propiedad de éstos; debiendo EDELNOR asumir todos los costos y/o gastos de reposición del material, de las reparaciones, reemplazos y reconstrucciones de los trabajos, así como el resarcimientos de cualquier daño generado por EDELNOR cuyo resarcimiento le sea requerido a AZTECA por terceros, debiendo de este modo liberar a AZTECA, sus las afiliadas y sus respectivos funcionarios, directores, empleados, agentes y clientes, de toda responsabilidad; siempre que dichos daños o pérdidas no le sean directamente imputables a AZTECA.



A small, handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.

**Anexo No. 2
Infraestructura**

ITEM	TRAMO	DIRECCIÓN	FLECHA (m.)	LAT GRAD	LAT MIN	LAT SEG	LONG GRAD	LONG MIN	LONG SEG	PROPIET ARIO POSTE	RESE RVA IN (m.)	RESE RVA OUT (m.)	POSTE AZTECA
1	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	28.9163	-10	45	14.2000	-77	45	37.1600	EDELNOR	50.00		
2	Barranca - ED Molino			-10	45	14.5900	-77	45	38.4900				
3	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	25.6035	-10	45	13.6100	-77	45	36.4300	EDELNOR			
4	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	19.5435	-10	45	13.0900	-77	45	35.7800	EDELNOR			
5	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	28.9365	-10	45	12.7000	-77	45	35.2900	EDELNOR			
6	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	25.8661	-10	45	12.1100	-77	45	34.5600	EDELNOR			
7	Barranca - ED Molino	Jr. Francisco Bolognesi	4.4137	-10	45	11.5900	-77	45	33.9000	EDELNOR			
8	Barranca - ED Molino	Jr. José Gálvez		-10	45	11.6000	-77	45	33.7100	EDELNOR			
9	Barranca - ED Molino		26.8155	-10	45	11.4900	-77	45	33.8000				
10	Barranca - ED Molino			-10	45	11.4100	-77	45	33.8600				
11	Barranca - ED Molino	Jr. José Gálvez	25.4722	-10	45	10.8300	-77	45	34.3600	EDELNOR			
12	Barranca - ED Molino	Jr. José Gálvez	35.5419	-10	45	10.1900	-77	45	34.8800	EDELNOR			
13	Barranca - ED Molino			-10	45	9.8800	-77	45	35.1000				
14	Barranca - ED Molino	Jr. José Gálvez	8.8779	-10	45	9.3000	-77	45	35.6000	EDELNOR			
15	Barranca - ED Molino			-10	45	9.2200	-77	45	35.5200				
16	Barranca - ED Molino	numera		-10	45	9.1400	-77	45	35.4700				
17	Barranca - ED Molino	Jr. Alfonso Ugarte	38.3800	-10	45	9.0500	-77	45	35.4500	EDELNOR			
18	Barranca - ED Molino	Jr. Alfonso Ugarte	39.1476	-10	45	8.3900	-77	45	34.3900	EDELNOR			
19	Barranca - ED Molino	Jr. Alfonso Ugarte	21.1999	-10	45	7.7000	-77	45	33.3300	EDELNOR			
20	Barranca - ED Molino	Jr. Alfonso Ugarte	14.6248	-10	45	7.3300	-77	45	32.7500	EDELNOR			
21	Barranca - ED Molino			-10	45	7.3000	-77	45	32.6700				
22	Barranca - ED Molino			-10	45	7.1400	-77	45	32.4600				
23	Barranca - ED Molino			-10	45	7.1100	-77	45	32.4200				
24	Barranca - ED Molino	Jr. Lima		-10	45	7.2900	-77	45	32.1700	EDELNOR			
25	Barranca - ED Molino		4.0299	-10	45	7.0600	-77	45	32.3600				
26	Barranca - ED Molino	Jr. Alfonso Ugarte		-10	45	6.9300	-77	45	32.1000	EDELNOR			
27	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	12.9987	-10	45	6.9500	-77	45	32.4300	EDELNOR			
28	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	35.3702	-10	45	6.6300	-77	45	32.7000	EDELNOR			
29	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	18.6446	-10	45	5.7700	-77	45	33.4500	EDELNOR			
30	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	24.1491	-10	45	5.3200	-77	45	33.8500	EDELNOR			
31	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	23.9572	-10	45	4.7200	-77	45	34.3500	EDELNOR			
32	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	37.6932	-10	45	4.1400	-77	45	34.8600	EDELNOR			
33	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	19.0991	-10	45	3.2200	-77	45	35.6500	EDELNOR			
34	Barranca - ED Molino			-10	45	3.1200	-77	45	35.7400				
35	Barranca - ED Molino			-10	45	3.0600	-77	45	35.8000				
36	Barranca - ED Molino			-10	45	2.7800	-77	45	36.0200				
37	Barranca - ED Molino	Jr. Lima	24.5026	-10	45	2.7400	-77	45	36.0500	EDELNOR			



[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

**Anexo 3
Cronograma de Ejecución de Obras**

RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA																																										
CRONOGRAMA EJECUCION EDELNOR																																										
		ENTREGA 4																																								
		EDELNOR / ALTBGA PERU / COMUNICACIONES																																								
		LIMA																																								
EDELNOR 1	ITEM	ACTIVIDAD	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38		
	1	UBICACION DE ALMACEN																																								
	2	INCORPORACION DE PERSONAL, EXAMENES MEDICOS																																								
	3	AFILIACION SCTR																																								
	4	INDUCCION ELECTRICA																																								
	5	DESPLAZAMIENTO DE PERSONAL																																								
	6	TRANSPORTE DE MATERIALES																																								
	7	PRUEBAS MAAT																																								
	8	REPLANTEO																																								
	9	REGADO FO																																								
	10	INSTALACION Y HERRAJERIA FO																																								
	11	INSTALACION POSTES																																								
	12	EMPALMES																																								
	13	INGRESO A NODO																																								
	14	ODF																																								
	15	OPTIMIZACION																																								
	16	PRUEBAS OPTICAS DE CIERRE																																								
17	ENTREGABLES																																									
EDELNOR 2	ITEM	ACTIVIDAD	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38		
	1	UBICACION DE ALMACEN																																								
	2	INCORPORACION DE PERSONAL, EXAMENES MEDICOS																																								
	3	AFILIACION SCTR																																								
	4	INDUCCION ELECTRICA																																								
	5	DESPLAZAMIENTO DE PERSONAL																																								
	6	TRANSPORTE DE MATERIALES																																								
	7	PRUEBAS MAAT																																								
	8	REPLANTEO																																								
	9	REGADO FO																																								
	10	INSTALACION Y HERRAJERIA FO																																								
	11	INSTALACION POSTES																																								
	12	EMPALMES																																								
	13	INGRESO A NODO																																								
	14	ODF																																								
	15	OPTIMIZACION																																								
	16	PRUEBAS OPTICAS DE CIERRE																																								
17	ENTREGABLES																																									

RESUMEN LONGITUD DE TRAMOS Y RESERVAS				
TRAMO	FLECHA (m.)	RESERVA IN (m.)	RESERVA OUT (m.)	TOTAL (m.)
Barranca - ED Molino	9,275	1,012		10,287
BARRANCA - HUACHO	46,421	4,954		51,375
Callao - ED Trapiche	12,278	1,320		13,598
ED Molino - ED Upaca	3,496	300		3,796
ED Ocros - Barranca	9,993	1,100		11,093
ED Sayan - Huaral	47,226	5,290		52,516
ED Sayán - Oyón	20,709	2,300		23,009
ED Trapiche - Canta	89,633	8,439	1,422	99,494
ED Trapiche - Lima	16,453	1,760		18,213
Huacho - ED Sayan	15,220	1,650		16,870
HUARAL - CALLAO	61,959	6,450		68,409
NODO CALLAO - NODO LURIN	27,128	2,940		30,068
TOTAL	359,792	37,515	1,422	398,729



(Handwritten signature)



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

CARGO

DJ-1258/17
Lima, 17 de agosto de 2017

Señores
Enel Distribución Perú S.A.A.
Calle César López Rojas No. 201
San Miguel. -

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

21 AGO 2017

LA RECEPCIÓN DE ESTE DOCUMENTO
NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

At.: Sr. Carlos Alberto Solís Pino
Representante Legal

Sr. Walter Nestor Sciuotto
Gerente General

Ref.: Adecuación de la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente

Estimados señores:

Es objeto de la presente referirnos al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el "Contrato de Compartición") suscrito según lo dispuesto en la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el 9 de noviembre de 2015 entre vuestra empresa y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca Perú"), en su calidad de operador de la "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica", para solicitarles que se proceda a adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura, al precio máximo señalado en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley 29904, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC (el "Reglamento"), según las disposiciones establecidas para tales efectos por las autoridades del sector.

Al respecto, el artículo 30 del Reglamento establece que el valor que se determine a través de la metodología prevista en el Anexo 1 de dicha norma constituye el precio máximo que debe cobrarse como contraprestación para retribuir económicamente el uso de infraestructuras de concesionarios de energía eléctrica¹. El Contrato de Compartición que hemos celebrado está sometido a lo dispuesto en esta norma y las demás disposiciones legales aplicables a la compartición de infraestructura eléctrica, y el cumplimiento de estas reglas se encuentra sujeto a la verificación del OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 29904 y en el artículo 33 del Reglamento.

Es el caso que las autoridades competentes han modificado los valores de las variables de la Metodología y/o precisado los términos correctos para la aplicación de la misma, según se explica a continuación:

- De un lado, el 5 de agosto de 2017 se publicó en El Peruano la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), mediante la cual se ha modificado el valor de la variable "f" de la Metodología a 18.3% y el valor de la variable "m" de la Metodología a 84.3% (para infraestructura de media y alta tensión).

Este cambio en los valores de las referidas variables lleva a que se modifique el precio máximo que puede cobrarse como contraprestación por el uso de la infraestructura.

¹ Artículo 30.- *Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos*

30.1 El acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos, será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.

(...)
30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.



[Handwritten signature]

- b) De otro lado, al plantear el cambio del valor de la variable (f) antes señalada, en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 se ha señalado que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología, debe ser igual a tres (3)². Esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios. Adicionalmente, OSIPTEL, a cuya supervisión se encuentra sujeto el Contrato de Compartición conforme a lo establecido en el artículo 25.2 del Reglamento, considera que el número de arrendatarios de la infraestructura a ser considerado en la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura únicamente por el uso del espacio que el arrendatario requiera, sin imponerle el pago de todo el espacio disponible en dicha infraestructura -por ende sin asumir que el número es de uno (1) como se ha venido haciendo- tal como lo ha señalado expresamente el Regulador en mandatos de uso compartido emitidos el presente año.

Esta regla para definir el número de arrendatarios considerado en el denominador "Na" de la Metodología, también lleva a que se modifique el precio máximo que puede cobrarse como contraprestación por el uso de la infraestructura.

En consecuencia, mediante la presente solicitamos se proceda a adecuar la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica con la cual facturan a Azteca Perú, al precio máximo legal que resulta de la aplicación de la Metodología considerando lo antes señalado.

Para tales efectos, les alcanzamos adjunta a la presente comunicación la Metodología en la versión que se estuvo utilizando y la versión correcta considerando lo señalado en los puntos a) y b) previos, de manera que puedan utilizarla para la mencionada adecuación y para la facturación del mes siguiente que emita su representada. Adicionalmente, les agradeceremos nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos.

Finalmente, corresponde manifestar que enviamos esta comunicación en el marco de lo dispuesto en el artículo 25.3 del Reglamento, motivo por el cual los convocamos a una reunión a realizarse dentro de los siguientes diez (10) días hábiles de recibida la presente, en nuestras oficinas ubicadas en avenida 28 de Julio No. 1011, piso 5, Miraflores, Lima, de considerarlo necesario y/o conveniente para efectos de proceder de manera oportuna con la adecuación solicitada. De ser el caso, les pedimos que se sirvan contactar a la brevedad posible a la señorita Rosa Ruiz al correo electrónico ruiroz@azteca-comunicaciones.com.pe para efectuar las coordinaciones respectivas³.

Sin otro particular por el momento, quedamos de ustedes.

Muy atentamente,



José Montes de Peralta
Director Jurídico

Adj. Lo indicado



² De acuerdo a lo señalado en el Informe No. 292-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución Viceministerial.

³ "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".





azteca
Comunicaciones Perú



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

Anexo

Metodología previamente utilizada

$RM = mp + OMC + B + (1 - \alpha)$

Dónde

mp Inversión municipal adicional (en Soles)
OMC Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura en compartición
B Factor de distribución de costos entre las arrendatarias

$B = 1 / Na$
Dónde Na: número de arrendatarias

α Tasa de retorno normalizada o margen de utilidad razonable

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$OMC = f \times OMS$

f 20%
OMS Costo mensual OPEX en compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMS Tipo de línea eléctrica
OMS = v12 + BT Baja Tensión
OMS = v12 + BT Media Tensión y/o Alta Tensión
BT Es la Base Tasa de costo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$BT = (1 + m) \times TP$

Dónde

TP Costo de las tierras o costas reguladas del sector energía
m 77% para Baja Tensión y 54.3% para Media y Alta Tensión
n Es el costo de montaje de las torres, postes o sumideros
h 7.2% para Baja Tensión y 13.4% para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para los variables m, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.

Metodología que debe ser utilizada

$RM = mp + OMC + B + (1 - \alpha)$

Dónde

mp Inversión municipal adicional (en Soles)
OMC Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura en compartición
B Factor de distribución de costos entre las arrendatarias

$B = 1 / Na$
Dónde Na: número de arrendatarias

α Tasa de retorno normalizada o margen de utilidad razonable

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$OMC = f \times OMS$

f 20% para Baja Tensión y 15.2% para Media y Alta Tensión
OMS Costo mensual OPEX en compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMS Tipo de línea eléctrica
OMS = v12 + BT Baja Tensión
OMS = v12 + BT Media Tensión y/o Alta Tensión
BT Es la Base Tasa de costo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$BT = (1 + m) \times TP$

Dónde

TP Costo de las tierras o costas reguladas del sector energía
m 77% para Baja Tensión y 54.3% para Media y Alta Tensión
n Es el costo de montaje de las torres, postes o sumideros
h 7.2% para Baja Tensión y 13.4% para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para los variables m, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.



* El valor "Na" (Número de Arrendatarios) es siempre el que corresponde al número máximo de arrendatarios que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar. de conformidad con el Anexo 1 del Reglamento y las normas legales aplicables a la compartición de la infraestructura eléctrica. Se considera un "Na" de tres (3) por ser el número utilizado por el MTC.



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

DJ-1293/17
Lima, 29 de agosto de 2017

Señores
Enel Distribución Perú S.A.A.
Calle César López Rojas No. 201, distrito de San Miguel
Lima.-

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

29 AGO 2017

LA RECEPCIÓN DE ESTE DOCUMENTO
NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

CARGO

URGENTE

At.: Sr. Walter Nestor Sciutto
Gerente General

Sr. Carlos Alberto Solís Pino
Representante Legal

Ref.: Nuestra solicitud de adecuación de la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente, remitida a través de la Carta No. DJ-1258/17 remitida el 21 de agosto de 2017
Su Factura No. F411-0001397

Estimados señores:

Es objeto de la presente referimos a Factura No. F411-0001397 remitida por vuestra empresa el 17 de agosto de 2017 (la "Factura") a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca Perú"), por medio de la cual se requiere el pago a su favor de la suma ascendente a ciento noventa y cinco mil trescientos ochenta y ocho y 67/100 Soles (S/195,388.67), por concepto de retribución por el uso de infraestructura de su empresa durante el periodo "Agosto 2017", en el marco del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el "Contrato de Compartición") suscrito según lo dispuesto en la Ley No. 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el 9 de noviembre de 2015 entre vuestra empresa y Azteca Perú, en su calidad de operador de la "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica".

Al respecto, a través de la presente comunicación reiteramos nuestra solicitud planteada mediante nuestra Carta de la referencia (la "Carta"), a efectos que se proceda a adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la mencionada infraestructura de titularidad de su empresa, al precio máximo señalado en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley No. 29904, aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "Reglamento"), siguiendo la estricta aplicación de la metodología prevista en el Anexo I de dicha norma (la "Metodología"), conforme lo previamente señalado en nuestra Carta.

En consecuencia y en tanto el monto correspondiente a la Factura no respeta el precio máximo legal que resulta de la aplicación de la Metodología; por la presente procedemos a devolverles la Factura, solicitándoles, tal como lo señala nuestra Carta, que se sirvan adecuar la correspondiente retribución y que dicha adecuación sea necesariamente considerada en la emisión de una nueva facturación por el periodo "Agosto-2017" y en adelante.

Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo lo requerido en nuestra Carta, de manera previa a la remisión de una nueva factura, les agradeceremos que nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable, a fin de proceder a validarlos.

Finalmente, corresponde manifestar que enviamos esta comunicación en el marco de lo dispuesto en el artículo 25.3 del Reglamento, motivo por el cual reiteramos nuestra convocatoria a una reunión a realizarse en nuestras oficinas ubicadas en avenida 28 de Julio No. 1011, piso 5, Miraflores, Lima, de considerarlo necesario y/o conveniente para efectos de proceder de manera oportuna con la adecuación





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

solicitada¹. De ser el caso, les pedimos que se sirvan contactar a la brevedad posible a la señorita Rosa Ruiz al correo electrónico rruiz@azteca-comunicaciones.com.pe para efectuar las coordinaciones respectivas².

Sin otro particular por el momento, quedamos de ustedes.

Muy atentamente,

José Montes de Peralta
Director Jurídico

Adj. Lo indicado

¹ A través de nuestra Carta trasladamos nuestra convocatoria a reunión en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada. No obstante, y en tanto no hemos recibido confirmación alguna por parte de su empresa, por la presente les trasladamos nuevamente nuestra disposición para reunirnos; siendo que, en el marco de los plazos perentorios señalados en el Reglamento, proponemos que la misma deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de notificada la presente comunicación.

² 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".





ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
 DOMICILIO FISCAL: Calle César
 López Rojas N° 201
 Urb. Maranga - San Miguel
 Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

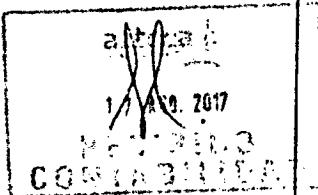
RUC: 20269985900
FACTURA ELECTRONICA
 F411-00001397

Cuenta: 2822142
 Señal(es): AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 RUC: 20562692313
 Dirección:

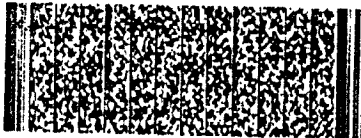
Lima 15 de Agosto del 2017

Contacto:

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2774	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165.583.62	165.583.62



Solicitud de Venta Nro. 2680338
 Fecha de Vencimiento: 15/08/2017
 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES



Para consultar su comprobante electrónico Ingrese a:
www.edelnor.com.pe
 Representación impresa de la Factura Electrónica
 Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
 N° 0180050001112/ SUNAT

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
 PERIODO AGOSTO 2017

TOTAL AFECTO	165.583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29.805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195.388.67

022 - Otros servicios empresariales / Número de
 Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
 100000110297



02822142201953886715082017002051000000007



1-1-D
Av. 28 de Julio 1011, Piso 5, Miraflores, Lima, Perú
Teléfono (51) 615 0555
www.reddorsalnacional.pe

DJ-1446/17

Lima, 28 de septiembre de 2017

Señores
Enel Distribución Perú S.A.A.
Calle César López Rojas No. 201, San Miguel
Lima.-



At.: Sr. Walter Néstor Sciutto
Gerente General

Sr. Carlos Alberto Solís Pino
Representante Legal

Ref.: 1) Carta No. DJ-1258/17 del 21 de agosto de 2017
2) Carta No. DJ-1293/17 del 29 de agosto de 2017
3) Carta No. GC-IST-39050829 del 12 de septiembre de 2017

Estimados señores,

Es objeto de la presente referirnos a su comunicación de la referencia (3), en virtud de la cual señalan que los términos del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre su representada y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (el "Contrato de Compartición"), particularmente aquellos referidos a la retribución, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.

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

Es por ello que, en atención a la buena relación comercial que buscamos continuar manteniendo con ustedes, a continuación, les brindamos información relevante con respecto de la determinación y aplicación del precio máximo que debe ser observado por su representada, conforme al marco normativo correspondiente:

1. El Contrato de Compartición fue suscrito al amparo del marco normativo vigente al 9 de noviembre de 2015, por lo que es innegable que existían reglas legales preexistentes a la vigencia de dicho acuerdo y que debían ser observadas por ambas partes. En esa línea, con anterioridad a la suscripción del Contrato de Compartición y hasta la fecha, se encuentra

Aprobado por Decreto Supremo 014-2013-MTC, modificado por Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03.





Av. 28 de Julio 10101 Pisco, Miraflores, Lima, Perú
Teléfono (51) 1 5055555
www.redcomunicacion.pe

expresamente regulado que el concesionario de energía eléctrica no puede exigir a los operadores de telecomunicaciones una contraprestación que supere el "precio máximo" determinado conforme a la "Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos" (la "Metodología"), desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento².

2. Ahora bien, cabe señalar que en el texto original del Anexo 1 del Reglamento, vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, ya se había contemplado expresamente que por resolución del Viceministro de Comunicaciones podían modificarse los valores "f" y "m" de la Metodología. En ese sentido, su representada debe contemplar los nuevos valores dispuestos por Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 respecto de dichas variables al momento de verificar que la contraprestación que pretenden exigimos excede o no el tope máximo regulatorio.
3. De otro lado, con respecto al denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B", se debe tener en cuenta que el referido valor no ha sido modificado, por lo que únicamente hemos hecho de su conocimiento los criterios que OSIPTEL ya ha señalado en anteriores resoluciones. En efecto, el OSIPTEL ha indicado claramente que el "Na" es "equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad"³. En la misma línea, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha basado⁴ la última modificación que hizo en la Metodología en escenarios en los que asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de tres (3) arrendatarios⁵.
4. En tal sentido, debemos enfatizar que **no estamos ante una vulneración de lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, pues ni la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 ni los pronunciamientos de OSIPTEL han modificado las condiciones legales bajo las cuales fue firmado el Contrato de Compartición, ni tampoco tienen como consecuencia la modificación de los términos contractuales que hemos pactado.** Por el contrario, únicamente constituyen los parámetros que deben observarse a efectos de definir el precio máximo establecido a nivel reglamentario.
5. En línea con lo expuesto, queda claro entonces que no estamos ante una controversia de carácter contractual, sino ante la demanda del cumplimiento de las obligaciones regulatorias a

² "Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos. (...) 30.4. La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. (...)"

³ Informe 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 036-2017-CD/OSIPTEL.

⁴ Siendo consistente con los criterios aplicables a dicha Metodología, desde su concepción.

⁵ Informe 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017.





Av. 28 de Julio 1011 PISO 5 Miraflores, Lima, Perú
Teléfono (51) 91 8 95555
www.reddorsal nacional.pe

cargo de su representada. En ese sentido, los acuerdos a los que pudiésemos llegar en una reunión no exceptuarían a su representada del cumplimiento de estas normas.

6. Por tanto, si bien el monto ascendente a ciento noventa y cinco mil trescientos ochenta y ocho y 67/100 Soles (S/195,388.67) consignado tanto en la Factura Electrónica F411-00001397, como en la Factura No. F411-00001461, puede corresponder a la retribución pactada contractualmente, dicha cantidad excede a todas luces el precio máximo determinado conforme a la Metodología, por lo que hemos respetuosamente solicitado que su representada realice el ajuste correspondiente y nos remitan una nueva facturación a fin de no incurrir en una vulneración al marco normativo vigente.

Finalmente, considerando la posición que manifestaron en su última misiva, les señalamos que dejamos a salvo nuestro derecho para acudir a OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas al acceso y al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica⁶, a fin que (i) determine cuál es el precio máximo que ustedes pueden cobrar, precisando cómo éste es calculado, y (ii) disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,


André Robillard
Gerente de Regulación

P.d.: Adjuntamos nuevamente la Factura No. F411-0001397 y la Factura No. F411-00001461 en tanto no observan el tope regulatorio establecido para la contraprestación periódica.

⁶ Ver artículos 12 y 32 de la Ley 29904.





azteca
 ENERGIAS Y SERVICIOS PERU S.A.A.
 DOMICILIO FISCAL: Calle César
 López Rojas N° 201
 Urb. Maranga - San Miguel
 Central Telefónica: 561-2001

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

RUC: 20269985900
FACTURA ELECTRONICA
F411-00001397

Empresariales e Institucionales

Cuenta : 2822142
 Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 R.U.C. : 20562692313
 Dirección :

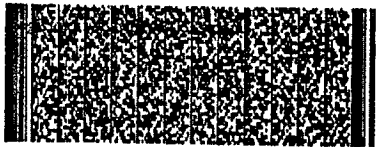
Lima 15 de Agosto del 2017

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62

azteca
 17 AGO. 2017
 RECIBIDO
 CONTABILIDAD

Solicitud de Venta Nro: 2680338
 Fecha de Vencimiento : 15/08/2017
 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES



ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA - PERIODO AGOSTO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
 Representación Impresa de la Factura Electrónica
 Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
 N° 0180050091112/SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
 Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
 100000110297



028221422019538867150820170020510000000007



azteca
 ENERGIAS DISTRIBUCION PERU S.A.A.
 DOMICILIO FISCAL: Calle César
 López Rojas N° 201
 Urb. Maranga - San Miguel
 Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

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

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001461

Cuenta : 2822142
 Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 R.U.C. : 20562692313
 Dirección :

Lima 22 de Septiembre del 2017

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
Solicitud de Venta Nro: 2689657 Fecha de Vencimiento : 22/09/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRÉSCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES					



ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
 PERIODO SETIEMBRE 2017

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelr.com.pe
 Representación impresa de la Factura Electrónica
 Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
 N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
 Cta. en el Bco. Nac./00-000-313017
 100000113752



028221422019538867220920170021510000000007

enel

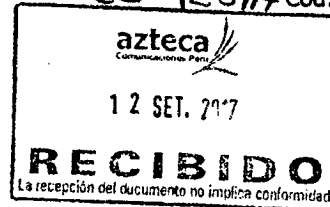
Lima, 11 de setiembre de 2017

SGGCI/SNGC/1396881/2017

CJ-923/17 Cód: GC-IST-39050829

TD: PSVAS

Señor
José Montes de Peralta
Director Jurídico
AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C
Av. 28 de Julio N°1011, Piso 5. Miraflores.



Presente.-

REF: Cartas DJ-1293/17 y DJ-1258/17.
Contrato de Acceso y Uso de
Infraestructura Eléctrica.

De nuestra mayor consideración:

Mediante la presente hacemos propicia la ocasión para saludarlo y a la vez dar respuesta a las cartas de la referencia, en las cuales señalan que habiéndose modificado el artículo 30 del Reglamento de la Ley 29904, nuestra representada debe adecuarse a dicho cambio.

Al respecto, debemos indicar que la cláusula 4 de nuestro contrato señala lo siguiente:

Cláusula Cuarta.-

Retribución

- (1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.

En esa línea, las nuevas disposiciones legales serán de aplicación al término del tercer año tal como se ha estipulado. Sustenta nuestra posición, lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en el sentido que los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Asimismo, estamos remitiéndole nuevamente la factura del mes de agosto 2017 que corresponde a la contraprestación por el alquiler de nuestra infraestructura por S/. 195,388.67, considerando que dicho monto no sufrirá cambio alguno de acuerdo con lo indicado en el párrafo precedente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, sobre vuestra solicitud de reunión quedamos a la espera de vuestra confirmación de fecha y hora para recibirlos en nuestras instalaciones ubicada en Calle Cesar López Rojas N° 155, Urb. Maranga – San Miguel.

Sin otro particular, me despido de usted reiterándole mi consideración.

Atentamente

María del Pilar Matto Calderón
Subgerente de Grandes Clientes e Institucionales

AIC 39050829

Enel Distribución Perú - Calle César López Rojas N° 201 Urbanización Maranga - San Miguel, Lima - Perú. Teléfono +(511) 561-2001



ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
 DOMICILIO FISCAL: Calle César
 López Rojas N° 201
 Urb. Maranga - San Miguel
 Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001397

Cuenta : 2822142
 Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 R.U.C. : 20562692313
 Dirección :

Lima 15 de Agosto del 2017

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
Solicitud de Venta Nro: 2680338 Fecha de Vencimiento : 15/08/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES					



ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
 PERIODO AGOSTO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico Ingrese a:
www.edelnor.com.pe
 Representación impresa de la Factura Electrónica
 Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
 N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
 Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
 100000110297



028221422019538867150820170020510000000007



1- F

CARGO	
Nombre:	Rosa Ruiz
L.E./DN:	20015428
Firma:	
Parentesco/Cargo:	Azteca
Fecha:	Lima, 27 de setiembre de 2017

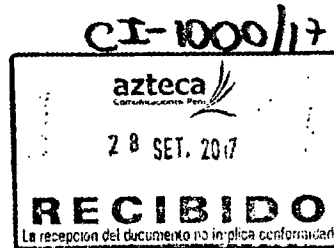
SGGCI/SNGC/1401484/2017

Cód: GC-IST-39180397
TD: PSVAS

Señores
AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.
Avenida 28 de julio No. 1011, Piso 5
Miraflores
Lima.-

Atención: Sr. José Montes de Peralta

Asunto: Inicio de trato directo



De nuestra consideración,

Nos referimos al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica ("Contrato") suscrito entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca") y Edelnor S.A.A., actualmente Enel Distribución Perú S.A.A. ("Enel").

La Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

"Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una **retribución mensual** por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una **vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato**. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. **Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los impuestos de acuerdo con las nuevas condiciones legales**"
(Énfasis agregado).

En consecuencia, mientras no se cumpla el plazo en cuestión, no procede efectuar ajuste alguno a la contraprestación pactada en el Contrato. Por tal razón, reiteramos no procede atender a la solicitud efectuada por Azteca mediante las cartas DJ-1258/17 y DJ1293/17 y solicitamos proceda con el pago que se encuentra pendiente.

Debido a que las posiciones expuestas por Azteca y Enel son divergentes, los convocamos a una reunión de inicio de trato directo al amparo de lo establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato. Dicha reunión se llevará a cabo el miércoles 04 de octubre a las 16:00 horas en nuestras oficinas ubicadas en Calle César López Rojas N° 155, distrito de San Miguel, Lima-Perú.

Mucho agradeceremos se sirvan confirmar su asistencia a la reunión indicada.

Atentamente,

María del Pilar Matto Calderón
Subgerente de Grandes Clientes e Institucionales



1-6

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 02 OCT. 2017

OFICIO N° 520-2017-MTC/03

Señor
CARLOS TEMBOURY MOLINA
Presidente del Comité Sectorial Eléctrico
SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA PETRÓLEO Y ENERGÍA
Jirón Francisco Graña 671, Urb. San Felipe, Magdalena del Mar
Presente.-

Asunto : RVM N° 768-2017-MTC/03, publicada el 05 de agosto de 2017 en el Diario Oficial El Peruano

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, en atención a la Ley N° 29904¹, la que entre otras disposiciones, otorga a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, las facilidades para el acceso y uso de la infraestructura de las empresas eléctricas y de hidrocarburos, a cambio de una contraprestación que incluye un margen de utilidad razonable.

Al respecto, es importante señalar que el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley 29904 aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC², establece que la metodología para la determinación de las contraprestaciones (por acceso y el uso de la infraestructura) es la que se desarrolla en el Anexo 1 del citado Reglamento, el mismo que ha sido actualizado mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03³, y dicha contraprestación será considerada como un precio máximo.

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

¹ Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

² Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la Infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

30.1 El acceso y uso de la Infraestructura de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos, será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación Inicial única y contraprestaciones periódicas.

30.2 La contraprestación inicial única considerará la recuperación de las Inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico o de hidrocarburos para prestar el acceso y uso a su infraestructura, y las contraprestaciones periódicas remuneraran la operación y mantenimiento de la Infraestructura compartida, incluido en margen de utilidad razonable.

30.3 La contraprestación Inicial única y las contraprestaciones periódicas, serán asumidas por quien tenga el derecho a utilizar la infraestructura compartida respectiva.

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha Infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.

³ Publicado el 05 de Agosto de 2017, en el Diario Oficial El Peruano.



11-009252-2017



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Viceministerio
de Comunicaciones

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

importante señalar que el valor del parámetro N_a es igual a 3^4 Independientemente del número de arrendatarios efectivos.

Sin otro particular quedamos de usted.

Atentamente,



CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ
Viceministro de Comunicaciones

⁴ Reglamento de la Ley N° 28295, que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC

"Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de Infraestructura de uso público (...)

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar el servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular."



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

CONSTANCIA DE NOTIFICACION

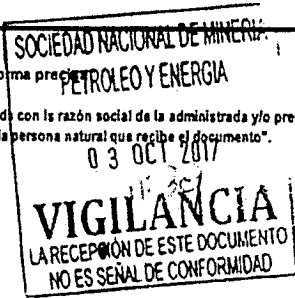
Nº

DESTINATARIO	SEÑOR CARLOS TEMBOURY MOLINA Presidente del Comité Sectorial Eléctrico SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA PETRÓLEO Y ENERGÍA	
DIRECCION	JIRON FRANCISCO GRAÑA 671, URB. SAN FELIPE , MAGDALENA DEL MAR LIMA.	
REFERENCIA	RVM N° 768-2017-MTC/03, PUBLICADA EL 05 DE AGOSTO DE 2017 EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO	
ÓRGANO y/o DEPENDENCIA QUE EXPIDE EL DOCUMENTO		
NOMBRE DE LA AUTORIDAD	CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ LÓPEZ	
DOMICILIO	Jr. Zorritos N° 1203 - Cercado de Lima	
DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA	OFICIO N° 520-2017-MTC/03	
FECHA DE EMISIÓN	HE-099352-2017	FOLIOS: 01

LIMA, ,

CARGO DE RECEPCIÓN	
Apellidos y Nombres: <i>NO HAY DATOS</i>	Documento de Identidad:
Relación con el administrado: <i>ARCEPAR</i>	
Lugar, fecha y hora:	Firma:
ENTREGADO A LA MANO <i>F. M. L. V.</i>	

Llenar datos en los casilleros correspondientes, completos, con letra clara y de forma precisa.
 En caso la administrada sea una persona jurídica, verificar que el sello de recepción coincida con la razón social de la administrada y/o precisar si es su nombre comercial, además de anotar el nombre, relación con la administrada y número y tipo de documento de identidad de la persona natural que recibe el documento.



ORIGINAL Y COPIA

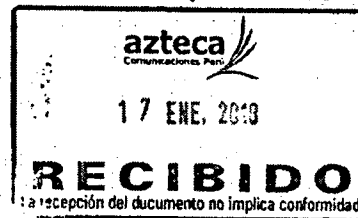
1-1A

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

CC-1551/18

Lima, 16 de enero de 2018

C. 00014-GCC/2018



Expediente : N° 00006-2017-CD-GPRC/MC
Materia : Solicitud de Mandato de Compartición de Infraestructura/Proyecto de Mandato
Referencia : Resolución N° 010 -2018-CD/OSIPTel
Folios : 3
Administrados : AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.
ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

SEÑOR
ANDRE ROBILLIARD ESCOBAL
GERENTE DE REGULACIÓN
AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.
Av. 28 de Julio 1011, Piso 5
Miraflores.-

De mi consideración:

Me dirijo a usted con el fin de notificarle la resolución señalada en la referencia, la cual fue emitida por el Consejo Directivo del OSIPTel el 11/01/2018. Asimismo conforme a lo indicado por la referida resolución se le notifica el Informe N° 00005-GPRC/2018 con sus anexos, contenidos en formato digital dentro de un disco compacto.

De igual manera y a fin de cumplir con las formalidades y requisitos legales señalados en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, **solicitamos llenar todos los datos del cuadro de recepción, a fin de validar el proceso de notificación.**

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Firmado digitalmente por: VILLEGAS ARENAS Cindy Paola (FAU20218072165)

CINDY PAOLA VILLEGAS ARENAS
GERENTE DE COMUNICACION CORPORATIVA
(E)

Adj.: Resolución de Consejo Directivo y un (1) disco compacto, que contiene el Informe N° 00005-GPRC/2018 y sus anexos en formato digital.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL
MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Reg. N° 50 Fecha: 12 ENE 2018

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 010 -2018-CD/OSIPTEL

Lima, 11 de enero de 2018

MATERIA	: Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura
ADMINISTRADOS	: Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.
EXPEDIENTE N°	: 00006-2017-CD-GPRC/MC

VISTOS:

- (i) La solicitud formulada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ), mediante comunicación recibida el 05 de octubre de 2017, para que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015; y,
- (ii) El Informe N° 00005-GPRC/2018 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se propone el respectivo Proyecto de Mandato de Compartición y se recomienda remitirlo a AZTECA PERÚ y a ENEL, a efectos que formulen sus comentarios; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631, N° 28337 y N° 28964, establece que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) ejerce, entre otras, la función normativa que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, el artículo 3, numeral ii), de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil;

Que, el artículo 13 de la Ley N° 29904 establece, entre otras medidas, que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha; a su vez, el artículo 32 de dicho cuerpo normativo determina que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del citado



MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 50 Fecha: 17 ENE 2018

artículo 13 y de otras disposiciones vinculadas al acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos;

Que, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, establece, entre otras medidas, que una vez presentada la solicitud del operador de telecomunicaciones al concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos, requiriéndole el acceso y uso de su infraestructura, las partes tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura; no obstante, en caso de falta de acuerdo en el plazo señalado, el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, se aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, el Procedimiento);

Que, mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ presentó al OSIPTEL la solicitud referida en el numeral (i) de la sección VISTOS, la cual fue trasladada a ENEL con la carta C.00562-GPRC/2017 recibida el 16 de octubre de 2017, requiriéndole que presente la información que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ;

Que, ambas partes han presentado la información que le ha sido solicitada por el OSIPTEL, así como información complementaria relacionada a la solicitud que es objeto del presente procedimiento, la cual ha sido puesta en conocimiento de la otra parte;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 152-2017-CD/OSIPTEL, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA PERÚ y ENEL;

Que, el artículo 2 del Procedimiento, concordado con el artículo 28 de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD-OSIPTEL; establece que el OSIPTEL debe remitir el Proyecto de Mandato de Compartición a las partes, a fin de que éstas puedan presentar por escrito sus comentarios en un plazo que no será menor de diez (10) días calendario, el cual no está incluido en el plazo con el que cuenta el OSIPTEL para emitir el respectivo Mandato de Compartición de Infraestructura;

Que, en tal sentido, corresponde aprobar y remitir a AZTECA PERÚ y a ENEL el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura contenido en el Informe señalado en el numeral (ii) de la sección VISTOS, a efectos que las referidas empresas presenten los comentarios que consideren pertinentes, dentro del plazo máximo de veinte (20) días calendario, que se fija atendiendo a los alcances y complejidad del Proyecto en mención;

Que, de otro lado, el plazo de sesenta (60) días calendario en el que debe emitirse el Mandato de Compartición de Infraestructura del presente procedimiento –plazo que incluye la ampliación dispuesta por la antes citada Resolución de Consejo Directivo N° 152-2017-CD/OSIPTEL- quedará suspendido con la notificación a las partes del Proyecto de Mandato antes mencionado; sin embargo, el plazo restante para que el



2



OSIPTEL emita su decisión luego de transcurrido el plazo de recepción de comentarios, será solo de algunos pocos días calendario;

Que, en ese sentido, considerando que se requiere un plazo suficiente para analizar los argumentos que presenten las partes en sus comentarios al Proyecto de Mandato, así como la información complementaria que pueda ser requerida y/o presentada por éstas; resulta necesario disponer la ampliación del plazo previsto para la emisión del pronunciamiento del presente procedimiento en treinta (30) días calendario adicionales, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2 del Procedimiento, concordado con el artículo 51 de las Disposiciones Complementarias; plazo ampliatorio que se computará a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de sesenta (60) días calendario indicado en el considerando precedente,

De acuerdo a las funciones señaladas en el inciso p) del artículo 25° y en el inciso b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y estando a lo acordado en la Sesión 654;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; contenido en el Informe N° 00005-GPRC/2018.


Artículo 2.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para notificar la presente resolución y el Informe N° 00005-GPRC/2018, con sus anexos, a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.

Artículo 3.- Otorgar un plazo máximo de veinte (20) días calendario, a ser contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, para que Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A. remitan sus respectivos comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.


Artículo 4.- Ampliar en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del mandato de compartición de infraestructura correspondiente al presente procedimiento, el cual se computará a partir del vencimiento del plazo ampliatorio dispuesto por la Resolución de Consejo Directivo N° 152-2017-CD/OSIPTEL; de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese,


RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo


ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL

MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Reg. N° 53 Fecha: 17 ENE 2018



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 1 de 109
	INFORME	

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON LA EMPRESA ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00006-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	04 DE ENERO DE 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis Salazar
	Especialista en Interconexión	María Ochoa La Torre
	Apoyo profesional en temas normativos	Hayine Gusukuma Lozano
REVISADO POR:	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini Anton
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso Córdova

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 109

1. OBJETO.

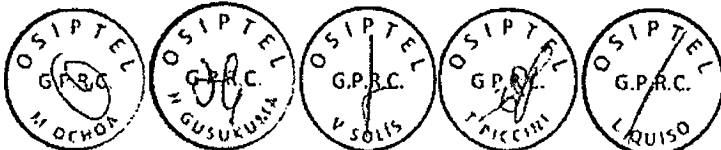
El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) que modifique las condiciones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


2. ANTECEDENTES.

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

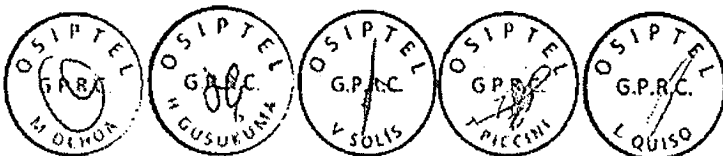
¹ Vigente desde julio del año 2012.


² Emitido en noviembre del año 2013.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 109


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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 4 de 109
	INFORME	

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 109

3. CUESTIONES A RESOLVER.

De la evaluación de la documentación remitida al OSIPTEL, y de conformidad con el marco normativo aplicable a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura, se considera necesario emitir pronunciamiento respecto de los siguientes aspectos:

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

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 6 de 109
	INFORME	

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

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

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

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

- Contrato de compartición:


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

- Mandato de compartición:

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

En consecuencia, el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 109

transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo. Ello, con la finalidad de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento del artículo 13 de la Ley N° 29904.

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

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

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

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

4.1.3 Sujeción del Contrato a la Ley N° 29904.

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

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


³ Código Civil:

*Noción de contrato

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 8 de 109
	INFORME	

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

De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1258/17, recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, AZTECA PERÚ precisó que dicha comunicación era enviada en el marco de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904, que se refiere a la posibilidad del operador de telecomunicaciones de solicitar al OSIPTTEL la emisión de un mandato de compartición ante la falta de acuerdo con el concesionario eléctrico una vez transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

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


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

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

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

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (21 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. Según se ha señalado en párrafos precedentes, la solicitud de AZTECA



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 109

PERÚ al OSIPTEL para la emisión de mandato fue ingresada el 05 de octubre de 2017, esto es, transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles supuesto por la norma citada.

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

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

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

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

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

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

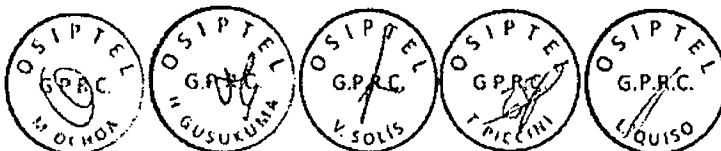
ENEL manifiesta que el procedimiento para la emisión del mandato de compartición se encuentra previsto en el artículo 25° del Reglamento, conforme al siguiente texto:


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 109

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

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

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


"Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 109

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

"Estimados señores.

(...)


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 109

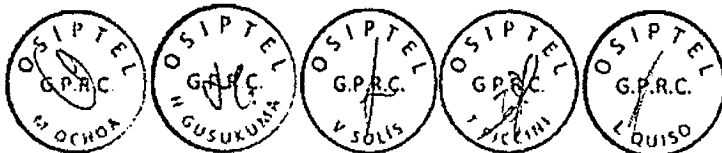
En ese sentido, ENEL manifiesta que ello no escapará al criterio del Consejo Directivo del OSIPTTEL, pues la emisión de un mandato de compartición se justifica precisamente en la falta de acuerdo durante el período de negociación entre las partes. Dicha emisión por parte del OSIPTTEL asume y/o presupone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


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

ENEL, señala que como ha quedado en evidencia, se encuentran ante una controversia sobre la aplicación o no de una disposición normativa ante lo estipulado en el Contrato sobre la Retribución. Siendo ello así, la vía pertinente para discutir las cuestiones que AZTECA PERÚ plantea no es el procedimiento para la emisión de mandato, sino la de solución de controversias ante un Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO).

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 109

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

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

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

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


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

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

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

46.2. El operador u operadores notificados tendrán un plazo de quince (15) días calendario, contado desde la fecha de recepción de la propuesta, para aceptar o rechazar las modificaciones propuestas con copia al OSIPTEL. En caso de aceptación, los operadores procederán a suscribir un acuerdo de interconexión que incorpore dichas modificaciones el cual estará sujeto a lo establecido en el Artículo 57. En caso de rechazo, las partes procurarán conciliar las divergencias dentro del plazo de quince (15) días calendario, contados desde la fecha de recepción del rechazo, transcurrido el cual sin que las partes lleguen a un acuerdo, a solicitud de



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 109

una o de ambas, el OSIPTEL, después de haber considerado los puntos de vista de las partes interesadas, emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto en el Artículo 51 de la presente norma. Los plazos para aceptar o rechazar las modificaciones propuestas o para conciliar las divergencias sólo podrán ser prorrogados por un periodo adicional de quince (15) días calendario, si ambas partes mediante comunicación conjunta o individual manifiestan su intención en ese sentido.

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

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

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

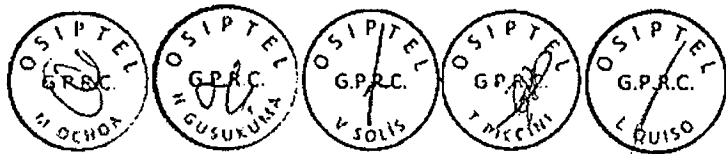
(...)


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

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

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

Manifiesta que en el marco de interconexión el OSIPTEL cuenta con facultades mayores, que implican incluso la aprobación de los contratos de interconexión,



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 109

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

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

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

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

"Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje

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


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

Refiere que su demanda arbitral incluyó las siguientes pretensiones:

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

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: que en el supuesto y negado caso que el Tribunal Arbitral declare que no resulta aplicable el artículo 62° de la Constitución Política del Perú a la Retribución pactada en el Contrato y, por ende, la Resolución y cualquier otra norma posterior pueden modificar la



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 109

Retribución, que se ordene a Azteca pagar a Enel una compensación o indemnización dinerada que resulte del diferencial entre la Retribución y la nueva contraprestación dineraria que fije la Resolución u otra norma posterior por el período contractual del 9 de agosto de 2017 hasta el 8 de noviembre de 2018.

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

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

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

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

4.2.2 POSICIÓN DE ENEL (Escrito recibido el 29.12.2017):

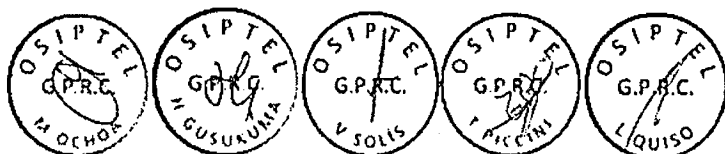
ENEL solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL declare la improcedencia de la solicitud de AZTECA PERÚ.


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

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

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

Refiere que AZTECA PERÚ solicitó a ENEL “adecuar” el contrato en dicho sentido, pero señalando que no era necesario pues la modificación normativa ya era aplicable. Por ello, a través de su carta del 28 de setiembre de 2017, dejó claro que su solicitud inicial “no se encuentra referida a la renegociación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica (...)”.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 109

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

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

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

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

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

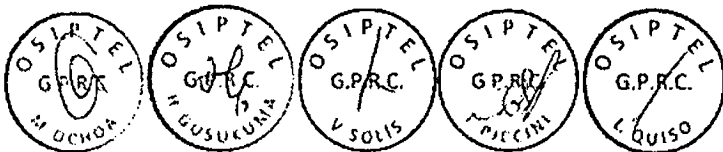
Carta DJ-1258/17


"Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 109

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

Carta DJ-1446/17

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

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


- Extractos de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ:

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

(...)

"1.10 En atención a la publicación de la Resolución Viceministerial, el 21 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a ENEL que adecuara las contraprestaciones que periódicamente venía exigiendo al monto que resultaba de la correcta aplicación de la Metodología, conforme a lo dispuesto por el MTC y a los criterios que OSIPTEL había establecido en sendos mandatos de compartición⁶. En ese sentido, AZTECA buscó que se precisara en el Contrato de Compartición (aun cuando en estricto no fuera necesario), que las contraprestaciones por el uso de los postes y torres de ENEL en ningún caso podían exceder el precio máximo determinado conforme a la Metodología,



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 19 de 109

en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 109

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

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

Carta DJ-1446/17

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

Al respecto, respetuosamente procedemos a aclarar nuestra solicitud no se encuentra referida a la renegociación de la contraprestación o de los demás términos pactados en el Contrato de Compartición, sino al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (el "Reglamento")⁵, de manera que la contraprestación a ser pagada a su representada, respete el precio tope resultante de la aplicación de la metodología materia de dicho Reglamento."

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

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


ENEL manifiesta que el pronunciamiento del OSINERGMIN establece un criterio para determinar si las entidades públicas –incluyendo a los organismos reguladores– pueden avocarse válidamente una causa pendiente de resolver en un proceso arbitral ya iniciado (independientemente de la arbitrabilidad de la materia)⁵.

Indica que emitido en el marco de una controversia entre un cliente libre del sector eléctrico (Sociedad Minera El Brocal S.A.A.)⁶, el pronunciamiento del OSINERGMIN marca las reglas a seguir para que una entidad pública evalúe si puede conocer una

⁵ Cfr. su numeral 4.2 (páginas 22 a 30).

⁶ Si bien este procedimiento se inició para observar una relación contractual no regulada en precios, la materia de la controversia giró en torno a la aplicación de una norma sectorial: el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 21 de 109

misma materia que en paralelo sea objeto de un proceso arbitral tramitado por las mismas partes.

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

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

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

Indica que el pronunciamiento del OSINERGMIN enfatiza que, si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida. Para el pronunciamiento del OSINERGMIN, el fundamento de esta posición se deriva del reconocimiento del arbitraje como una expresión de la función jurisdiccional y de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometida a dicho proceso⁷.

Refiere que bajo esa línea, el pronunciamiento del OSINERGMIN agrega que en aplicación del numeral 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen la facultad exclusiva y excluyente de decidir acerca de las materias de su competencia. Por lo mismo, y conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional⁸, si se ha iniciado el proceso arbitral, ninguna autoridad administrativa podrá interferir en materias sometidas al arbitraje, correspondiendo ello únicamente a los propios árbitros.


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

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

⁷ Sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

⁸ Sentencias recaídas en los expedientes N° 1567-2006-PA/TC y N° 00142-2011-PA/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 109

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

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

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

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


Informa al Consejo Directivo del OSIPTEL de la existencia del pronunciamiento del OSINERGMIN⁹ y solicita que el sustento de dicha decisión sea analizado en el expediente. Asimismo, manifiesta que el arbitraje entre ENEL y AZTECA PERÚ ya ha sido iniciado, de manera que siguiendo el criterio establecido por el pronunciamiento del OSINERGMIN, se debe evitar actuaciones paralelas que eventualmente devengan en resoluciones contradictorias e inejecutables.

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

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

⁹ No conoce si dicho pronunciamiento ha sido apelado.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 109

Además, señala que por efectos de la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (también mencionada en el pronunciamiento del OSINERGMIN), las referencias normativas a los jueces pueden también entenderse referidas a un tribunal arbitral¹⁰.

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

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

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


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

"Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso, toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas".¹¹

¹⁰ Ley de Arbitraje: "cuarta [disposición complementaria]: Juez y tribunal arbitral. A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes".

¹¹ CALLOL GARCÍA, Pedro. "La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector". En: Revista de Administración Pública, Núm 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 409 - 410.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 109

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL¹² es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica¹³, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias¹⁴.

Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

"De otro lado, y dada la importancia de la oportunidad en que debe concretarse el acceso y uso de la infraestructura de electricidad o hidrocarburos para concretar el objetivo de necesidad pública declarado en el artículo 3, numeral i) de la Ley No. 29904; se establecen reglas procedimentales para la negociación entre el concesionario de energía (electricidad/hidrocarburos) y el concesionario de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de su infraestructura, definiendo plazos y facultando a OSIPTEL a emitir mandatos de compartición en caso no llegue a un acuerdo."¹⁵

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

Señala que la competencia del OSIPTEL no se circunscribe solamente a facilitar el acceso a infraestructura eléctrica a los operadores como AZTECA PERÚ, sino también


¹² "Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el comportamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post". [ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, En: Revista de Derecho Administrativo No 5, Lima, 2008, pp. 148 – 149]

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

¹⁴ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

¹⁵ Exposición de Motivos del Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, p. 11. Disponible en: http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_D_3256.pdf (Visitado el 1 de octubre de 2017).



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 25 de 109

a garantizar su permanencia en el mercado, esto es, con el uso de la infraestructura eléctrica por el tiempo que se encuentre pactado entre las partes.

Asimismo, indica que el OSIPTEL ha señalado que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo"*¹⁶. En esa línea, consideran que el OSIPTEL reconoce que, en el marco de una relación contractual, también pueden presentarse escenarios de negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Hace referencia al Informe 0029-GPRC/2017¹⁷, en donde el OSIPTEL reconoció con la emisión de un mandato de compartición que **es competente para garantizar la protección del interés público y el despliegue de las redes de telecomunicaciones tanto antes de facilitado el acceso a la infraestructura, como durante el uso de la misma.**


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

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

¹⁶ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.

¹⁷ Dado en el marco de la vigencia de un contrato entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 109

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

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

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

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


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

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

En efecto, refiere que cuando AZTECA PERÚ solicita en sus comunicaciones que se "adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente"¹⁸, busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento. De modo alguno puede alegarse que estas comunicaciones buscaban trasladar simplemente una opinión o información o que constituirían meros requerimientos para que ENEL cumpliera con la normativa, y que no tenían como

¹⁸ Ver Cartas DJ-1258/17 del 21 de Agosto de 2017 y DJ-1293/17 del 29 de agosto de 2017.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 27 de 109

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 109

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 109

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

La evidencia más clara de que está ante una negociación es que se trata de un aspecto que ya se trató entre las partes en anterior oportunidad, pero no se aplicó correctamente la Metodología y el correspondiente precio máximo, por eso es que hay que volver a negociar. En efecto, señala que AZTECA PERÚ ha reconocido que, al celebrar el Contrato de Compartición, las partes aplicaron erróneamente la Metodología, por lo que incluyeron en dicho contrato un valor por contraprestación por encima del tope que hubiese resultado de aplicar adecuada y correctamente dicha fórmula¹⁹.

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


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

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

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

¹⁹ Además, por las presiones que tenía AZTECA en cumplir con el despliegue y entrega de la Red Dorsal conforme al calendario de su Contrato de Concesión, se vio forzado a aceptar que en el Contrato de Compartición se Incluyen condiciones que a todas luces resultaban nulas y, por lo mismo, inexigibles.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 109

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 31 de 109

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

En este sentido, indica que es importante tener en cuenta que el principio de economía procesal *"comprende a todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él, constituyendo sus variantes los principios de concentración, eventualidad, celeridad"*²⁰ (énfasis agregado).

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

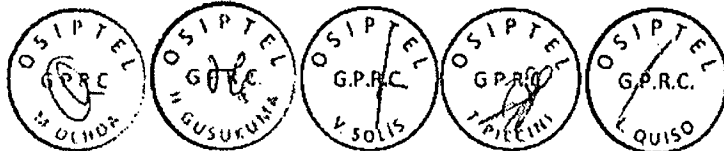
4.2.4.2 No estamos ante una controversia referida a la aplicación de una disposición normativa.


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

Como ha señalado arriba, AZTECA PERÚ le ha planteado a ENEL modificar las condiciones de su relación contractual de compartición. Ahora bien, señala que todo planteamiento de negociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados²¹. No por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta por un Cuerpo Colegiado en ejercicio de la función de solución de controversias y menos aún en un fuero arbitral. Refiere que conforme al literal e) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función de solución de controversias *"comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia (...)"* (énfasis y subrayado agregados). De acuerdo al artículo 49 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001- PCM y al último párrafo del artículo 2 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de

²⁰ PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., 1994

²¹ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. Que la motivación que tuvo AZTECA para plantear el cambio en la relación contractual se origine en cómo cree que deben interpretarse y aplicarse las normas, no implica que su solicitud de modificación sea menos válida.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 109

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

Manifiesta que por su parte, el Tribunal de Solución de Controversias ha precisado que en "en el caso de la función de solución de controversias, el OSIPTEL se encarga de resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos."²²

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

Por ejemplo, escapa del ámbito del Cuerpo Colegiado atender consultas de parte sobre la aplicación o su interpretación del marco jurídico, así como el establecer las condiciones técnicas, legales o económicas que deben regir una relación de participación, aun cuando las empresas involucradas manifiesten no llegar a un acuerdo. Esta última prerrogativa es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la función normativa-regulatoria del OSIPTEL que comprende "dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios"²³ (subrayado agregado).

En ese sentido, refiere que el Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por Decreto Supremo No. 042-2005-PCM, establece que la función reguladora y normativa será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo respectivo²⁴. Del mismo modo, el Reglamento General del OSIPTEL precisa que la función normativa es ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo, a través de la expedición de resoluciones debidamente sustentadas²⁵.

²² Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016, fundamento 52.


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

²⁴ "Artículo 2.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores

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

²⁵ Artículo 24.-Órganos Competentes para ejercer la función normativa



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 33 de 109

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

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

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

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

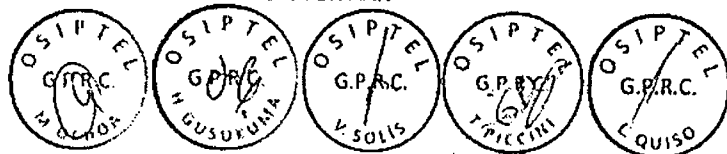
8. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, OSITRAN ratifica su competencia para emitir el presente Mandato de Acceso, en ejercicio de su función normativa propia, el mismo que es de cumplimiento obligatorio para las partes.²⁶


Al respecto, manifiesta que es importante tener en cuenta que, en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "regulación escalonada", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos:

"(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio

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

²⁶ Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 109

de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por si mismos las correspondientes cuestiones antes de que -en caso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que - según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad, la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece así como "red de reserva" (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)²⁷

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

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

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


(...)

48. Precisamente, luego de un análisis de las pretensiones de Multivisión antes citadas, el Tribunal considera que las mismas buscan una modificación de la contraprestación fijada por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL. Debe puntualizarse que no solamente se busca una revisión de la fórmula que supuestamente habría utilizado SEAL para establecer los montos a cobrar por el uso de los postes dependiendo del tipo de tensión, baja o media, sino además, pretende que los órganos de solución de controversias fijen la metodología y la contraprestación que corresponda de acuerdo a la normativa, en este caso, que cumpla con el principio de onerosidad de la compartición.

(...)

²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 109

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

52. como se puede apreciar, al ejercer la función normativa a través de la emisión de un mandato, se determinan las reglas que deben seguir las partes para una adecuada ejecución del objeto del mismo, consistente en el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. (...) ²⁸ (subrayado y énfasis agregado)

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

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

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


Refiere por lo antes indicado, en línea al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima²⁹, que AZTECA PERÚ está convencido que, ante la falta de un acuerdo entre

²⁸ Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016

²⁹ Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, artículo 1:

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 109

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

4.2.4.3 La pretensión de AZTECA PERÚ no es arbitrable.

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


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

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

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

Refiere que cabe tener en consideración además que, dar espacio a que ENEL u otras empresas eléctricas consideren que los planteamientos de re-definición contractual pueden ser materia de arbitraje, implicaría un serio desmedro a las facultades del OSIPTEL, además de traer implícito el riesgo de que se dicten múltiples y diversos laudos respecto a lo que debe ser considerado el "precio máximo" a que ha señalado en el Reglamento. Este riesgo es bastante serio pues, mientras para un Tribunal



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 37 de 109

Arbitral la contraprestación pactada contractualmente será considerada válida y exigible, bajo un criterio regulatorio del OSIPTEL dicho valor puede ser exponencialmente mayor al tope reglamentario. Peor aún, un Tribunal Arbitral podría aplicar la Metodología bajo ciertos criterios y otro bajo parámetros distintos. Es más, un Tribunal Arbitral podría considerar que la contraprestación pactada en un determinado contrato es fija e inmodificable y otro Tribunal Arbitral, respecto a un planteamiento similar en otro caso, podría estimar que es imperativo que las contraprestaciones varíen en función a las modificaciones que se dispongan normativamente respecto de los valores de las fórmulas. Al final, el grado de incertidumbre y contradicción podría ser tal que, ante infraestructuras similares, AZTECA PERÚ pague a una empresa eléctrica contraprestaciones calculadas en función a un "Na" equivalente a 3 y con los valores originales de las variables "m" y "f", y a otras en razón a un incorrecto "Na" igual a 1 y con variables sujetas a cambios en el tiempo. Refiere además que, podría haber incluso un Tribunal Arbitral que dicte que las disposiciones del Reglamento no son imperativas.

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 109

respectivo³⁰. En esa línea, en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

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

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


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

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

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

³⁰ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 109

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

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

4.2.5 POSICIÓN DEL OSIPTEL:


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 109

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 109

extremos de la solicitud de AZTECA PERÚ vinculados a la modificación de las condiciones económicas del Contrato.

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

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


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

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

Cabe indicar que el marco legal definido por la Ley N° 29904, no limita a que un contrato de participación únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de participación, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones jurídicas³¹. En ese sentido, las partes de un contrato de

³¹ Cfr. con el artículo 1351 del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 109

compartición, durante su ejecución, pueden celebrar contratos que dispongan la modificación, regulación o extinción de la respectiva relación jurídica. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 109

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

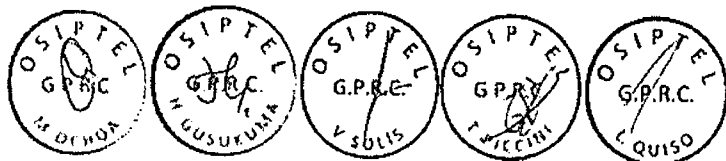
Ello únicamente será viable si las relaciones de compartición de infraestructura establecidas para hacer posible la provisión de Banda Ancha, son sostenibles en el tiempo. Dicha sostenibilidad puede requerir que las referidas relaciones, en el tiempo, sean reguladas, modificadas o incluso extinguidas,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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 109

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

En ese sentido, el hecho que AZTECA PERÚ y/o ENEL tenga posiciones contrapuestas derivadas de su relación de compartición de infraestructura que el OSIPTEL pueda conocer en ejercicio de su función de solución de controversias, no inhabilita a este Organismo Regulador a ejercer su función normativa, en cuyo marco emite mandatos. Es claro además que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, como los Cuerpos Colegiados o el Tribunal de Solución de Controversias, carecen de la función normativa por ser ésta exclusiva del Consejo Directivo, conforme lo establece el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM³².

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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 109

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

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

En particular, no se verifica el supuesto de conflicto con la función jurisdiccional al que hace mención el artículo 73.1 del TUO de la LPAG³⁵. Si bien existe una cuestión litigiosa entre ENEL y AZTECA PERÚ que la primera ha sometido a arbitraje (luego de iniciado el presente procedimiento); se debe señalar que la modificación de una condición contractual y, por ende, el cambio de la configuración de la relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904; implica para el OSIPTEL el ejercicio de la función normativa que le asignan las leyes N° 27332 y N° 29904 –en una intervención subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de una de éstas- con la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional³⁶.

En ese sentido, la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional para que el OSIPTEL emita su pronunciamiento: el marco legal antes citado es claro sobre la atribución que

³⁴ Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

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

³⁵ Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

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

³⁶ Artículo 1. Objeto de la Ley

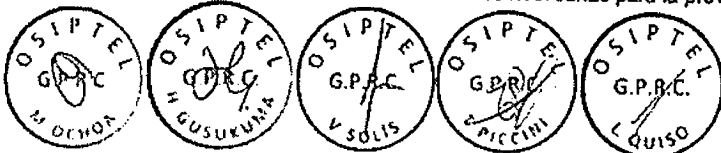
El propósito de la Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio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


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

Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 109

debe ejercer este Organismo Regulador en la vía de mandato, respecto de las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura que se sujeta a la Ley N° 29904.

Cabe añadir que la función jurisdiccional difiere de la función normativa con la que cuentan los Organismos Reguladores en virtud de la Ley N° 27332, que comprende: *"la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios (...)".* Esta facultad ha sido conferida por el Congreso de la República a los Organismos Reguladores –y no a los órganos jurisdiccionales- para resolver fallas de mercado en determinadas actividades económicas, por resultar ello necesario para implementar y dar cumplimiento al régimen económico previsto en los artículos 58 al 65 de la Constitución.


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 47 de 109

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 Posición de AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295³⁷, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal, se sujeta –entre otras– a la siguiente condición:

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

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que la referida disposición legal fue desarrollada por el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:

"30.1 El acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica (...), será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.

30.2 (...) las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

(...)

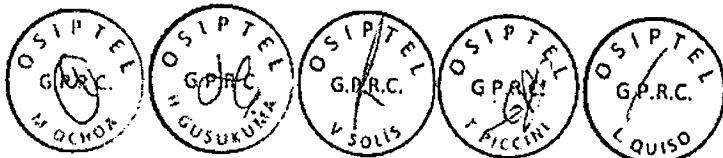
30.4 La metodología para las contraprestaciones referidas en el presente artículo se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo (...)"


(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que la Ley de Banda Ancha y el Reglamento consideran como contraprestaciones a ser percibidas por el titular de las infraestructuras compartidas las siguientes:

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por

³⁷ "Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable: Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público. (...)". (Énfasis agregado)



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 48 de 109
	INFORME	

este concepto debe ser orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.

- (ii) La contraprestación mensual, la cual debe ser determinada en concordancia con la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento.


Señala AZTECA PERÚ que con la regulación de las contraprestaciones por la adecuación de la infraestructura, por el acceso a ésta y por su uso compartido, el Estado busca que los concesionarios de servicios de energía eléctrica y de hidrocarburos, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de controladores de la infraestructura existente de red, no abusen de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios que tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "poder o peso significativo en el mercado" se les pueda imponer, entre otras, "medidas de control de precios, con posible orientación a costes de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios".³⁸

Precisa AZTECA PERÚ que en el caso de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el Estado peruano ha impuesto la obligación de acceso y uso compartido de infraestructura a las empresas de energía eléctrica y de hidrocarburos (empresas con poder significativo de mercado por controlar una instalación esencial), con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes mediante las cuales se brindan servicios de Banda Ancha, en general, y para la Red Dorsal, en particular; siendo que ese objetivo se pierde si el titular de la infraestructura impone cobros excesivos. AZTECA PERÚ indica que la exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, en la práctica impediría el acceso y continuidad en el uso, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la prestación de un servicio público prioritario y esencial para todos los peruanos.

³⁸ Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L, 2004. p. 810-811.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 49 de 109
	INFORME	

AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro de los conceptos arriba mencionados (una contraprestación inicial y contraprestaciones mensuales que no superen el resultado de la fórmula prevista en el Reglamento).

Indica AZTECA PERÚ que lo anterior ha sido confirmado por el Viceministro de Comunicaciones mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, a la cual está asociada (en adelante, el "Oficio No. 520-2017-MTC/03"). En éste claramente se señala que la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura que resulta de la correcta aplicación de la Metodología debe ser considerada un precio máximo.

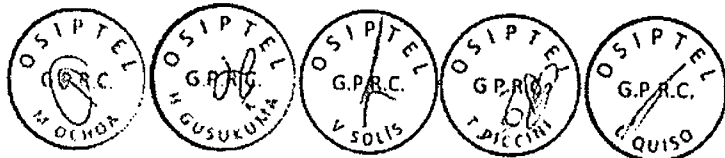
Por otro lado, indica AZTECA PERÚ que no debe perderse de vista que estamos ante un proyecto declarado por Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, cuya caracterización justifica que el Estado peruano no solo ordene que se provea a AZTECA PERÚ del acceso a las redes de los concesionarios de energía eléctrica y de hidrocarburos, sino que también disponga la continuidad en el uso compartido de dicha infraestructura, garantizando que se realice bajo condiciones que no perjudiquen el despliegue y operación de la Red Dorsal.


Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen incluso otro tipo de efectos favorables, como la reducción del impacto ambiental, sin tener un nuevo operador que duplicar innecesariamente infraestructura, pudiendo emplear la infraestructura existente abonando una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable para el titular de la infraestructura.

AZTECA PERÚ indica que ello responde al principio de libre acceso, aplicado en aquellos servicios esenciales cuya prestación se desarrolla a partir de una infraestructura de red (como las redes de telecomunicaciones), cuyo establecimiento, mantenimiento y desarrollo requiere de importantes inversiones de capital, siendo que, en virtud de este principio, para esta clase de servicios se debe permitir el acceso a otras redes en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables³⁹.

Indica AZTECA PERÚ que toda regulación de acceso obligatorio, en efecto, busca que las empresas titulares de la infraestructura no se vean perjudicadas con ello, por lo que en la regulación se les garantiza la cobertura de sus costos incrementales y un margen de utilidad razonable. Sin embargo, lo anterior tampoco significa que la

³⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 109

regulación indicada permita que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, pues así el régimen de acceso se desvirtúa y vacía de contenido. Es decir, la contraprestación de modo alguno debiera implicar una subvención a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

AZTECA PERÚ agrega que específicamente, la contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico. Por dicha razón, indica AZTECA PERÚ, cuando alguna disposición contractual fije una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo deviene en inexigible.

Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que ENEL viene haciendo caso omiso de las disposiciones vigentes en la materia y sigue exigiendo el pago de un monto que excede a todas luces el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Ello, a decir de AZTECA PERÚ, como es evidente, no encuentra sustento en la normativa que regula el uso de la infraestructura eléctrica, sino que, por el contrario, la contradice directamente.


AZTECA PERÚ indica que cuando ENEL exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Compartición y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica⁴⁰. Ello, señala AZTECA PERÚ, toda vez que busca desconocer el marco normativo bajo el cual fue suscrito el acuerdo y exigir, en atención a una cláusula contractual, una contraprestación mayor a la permitida legalmente.

Indica AZTECA PERÚ que ENEL es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición⁴¹, el marco legal que promovió la celebración de dicho acuerdo establecía la obligatoriedad de observar la Metodología en la determinación de la contraprestación, pues el resultado de su

⁴⁰ La infraestructura de ENEL resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de ENEL, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponer tales montos excesivos que claramente no respetan el precio máximo que arroja la aplicación correcta de la Metodología, no encontrándose AZTECA PERÚ en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por ENEL, considerando (i) los cortos plazos que tenía para culminar la implementación y despliegue de la Red Dorsal, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, así como (ii) la asimetría informativa que existía respecto a los costos y valores involucrados en dicha compartición.

⁴¹ ENEL pretende que el Contrato de Compartición se rija sólo por las normas del código civil cuando es evidente que estamos ante una situación de asimetría que afecta a un servicio público. Así pues, no se puede pretender desconocer que hay una regulación que precisamente entra a tallar cuando no es posible que el mercado (oferta y demanda) por sí mismo llegue a términos eficientes respecto a sus relaciones jurídicas. Estamos ante un claro caso de asimetría en el poder de negociación y por ello no cabe pretender que AZTECA y ENEL negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 109

aplicación fijaría el precio máximo exigible por uso de infraestructura eléctrica. Inclusive, el referido marco normativo es claro en establecer que la Metodología debía y debe ser aplicada en función a los criterios y parámetros que dicte el OSIPTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), ENEL emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.


AZTECA PERÚ precisa que, si bien la responsabilidad de AZTECA PERÚ es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de ENEL observar que el monto consignado en la factura y, por ende, cobrado a AZTECA PERÚ, no supere el precio máximo que se deriva de la aplicación de la fórmula descrita en el Anexo 1 del Reglamento, a efectos de que pueda cumplir con la normativa vigente.

Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Anexo 1 del Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente en la fecha de firma del contrato, no correspondía ser aplicada. Es decir, menciona AZTECA PERÚ, el valor de la retribución se mantendría relativamente fijo (excepto por las variaciones en el IPC) en tanto no excediera el tope máximo regulatorio, conforme éste variara en el tiempo.

Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula quinta y en el Anexo 1 el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.

De otro lado, AZTECA PERÚ señala que no ha logrado llegar a un acuerdo con ENEL respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador "Na" (Número de Arrendatarios) y a las variables "f" y "m" previstos en la Metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 109

El denominador "Na":

AZTECA PERÚ indica que la Metodología señala que la contraprestación mensual por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica viene dada por la aplicación de una fórmula, que tiene entre sus variables el factor "B". Dicho factor representa la distribución de costos entre los arrendatarios, calculándose como "1/Na", donde el denominador "Na" representa al número de arrendatarios.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.

AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos⁴², señalando lo siguiente:

"Como se observa, si bien la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, no indica textualmente que deba considerarse como valor del "Na", el número máximo de arrendatarios, tampoco señala que deba considerarse el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado, por lo que se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula con el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295⁴³, señalado

⁴² Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de Participación modificando las retribuciones pactadas en un contrato de participación previamente celebrado, a efectos que dichas retribuciones respeten el precio tope resultante de la correcta aplicación de la Metodología.

⁴³ "Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la participación de infraestructura de uso público. La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la participación fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de participación deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.

2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.


Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la participación de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.
2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 53 de 109

anteriormente, respecto de que en ningún caso el arrendatario deberá pagar por todo el espacio disponible, lo cual obedece a principios económicos de eficiencia." (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

De ese modo, indica que la propia definición del denominador "Na" ha sido desarrollada por el OSIPTEL señalando que es "equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad"⁴⁴.

Por tanto, para AZTECA PERÚ resulta claro que por "número de arrendatarios" debe entenderse al número máximo de arrendatarios a los que es posible dar acceso a la infraestructura eléctrica. No obstante, señala AZTECA PERÚ que ENEL al exigir el pago de facturas por el uso de su infraestructura, no ha tenido en cuenta dicho criterio para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que (según sus cálculos referenciales) siempre ha considerado que el Na es igual a uno (1); es decir, ENEL considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del "Na" que ENEL debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es ése el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la

3. *Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.*

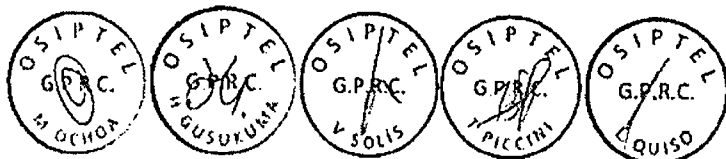
4. *Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.*


5. *Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.*

6. *Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.*

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente compatibles." (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ) [Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC]

⁴⁴ Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD_Inf053-GPRC-2017.pdf; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD_Inf150-GPRC-2017.pdf; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD_Inf029-GPRC-2017.pdf; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf; página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 109

infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio⁴⁵ y de peso⁴⁶, el MTC (en concordancia con los pronunciamientos de la autoridad intérprete competente - OSIPTEL) ha estimado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general para que cuando menos tres (3) cables de fibra óptica sean los que puedan colgarse de aquella, por lo que tres (3) sería el número mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3), en función a la capacidad nominal de dicha infraestructura, sobre la base de las distancias mínimas de seguridad reguladas por la normatividad eléctrica.

"Debe de hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios"⁴⁷ (énfasis agregado)

"Finalmente, para determinar la variable "f", se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión (...)

Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores."⁴⁸ (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295⁴⁹, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones recientemente buscó despejar las dudas que pudiera existir respecto a lo anterior e informó a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad⁵⁰.

⁴⁵ El criterio por espacio "determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 7]. Es decir, determina cuál es el espacio que teóricamente ocuparía cada arrendatario en la infraestructura eléctrica.

⁴⁶ El criterio por peso "determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.


⁴⁷ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ver Nota al Pie No. 20.

⁵⁰ AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología ENEL es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA PERÚ costos propios de todo el



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 55 de 109

AZTECA PERÚ señala que de acuerdo con lo anterior, el valor que corresponde a "Na" siempre debió ser considerado como el número potencial de arrendatarios de la infraestructura eléctrica; esto es, un valor igual o mayor a tres (3), lo que no ha estado siendo tomado en consideración por ENEL cuando les factura la contraprestación.

Considera AZTECA PERÚ que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na", claramente definido por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso, deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

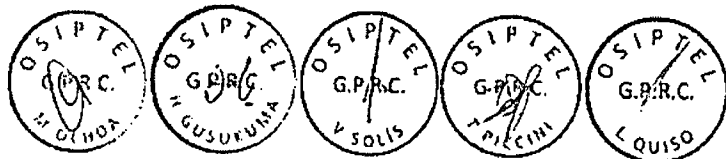
La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables." (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)


AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado constitucional de derecho, "busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"⁵¹ (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

"El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por

espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, ENEL ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional. Ahora bien, en razón al presente procedimiento, corresponde al OSIPTEL confirmar si el denominador "Na" debe ser tres (3) en todos los casos, como lo menciona el MTC, o si, como postula AZTECA PERÚ, en función a los criterios de distancia y de peso que anteriormente ha establecido el OSIPTEL, es posible que las infraestructuras eléctricas de ENEL tengan capacidad de alojar a más de tres (3) cables de fibra óptica, y por lo mismo, el denominador "Na" debe ser mayor de tres (3).

⁵¹ Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 56 de 109
	INFORME	

el Derecho, es la garantía que informe a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ. 5). Este principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.⁵² (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

Las variables "f" y "m":

AZTECA PERÚ señala que el Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación:

"Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."


Señala AZTECA PERÚ que de esa manera, su variación en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación, sino que, por lo contrario, deben ser integradas a las relaciones contractuales que hayan celebrado los operadores de telecomunicaciones con los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos.

AZTECA PERÚ indica que bajo dicha asunción, el 5 de agosto de 2017, mediante la publicación de la Resolución Viceministerial, se modificaron efectivamente los valores de las variables "f" y "m" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión.

Menciona AZTECA PERÚ que de acuerdo al quinto considerando de la Resolución Viceministerial, dicha modificación obedeció a que el MTC observó que la aplicación de la metodología original a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión resultaba en valores de la contraprestación mensual por encima de los precios promedio del mercado. Así pues, la modificación de los valores de las variables "m" y "f" ha tenido como fin que *"la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado"*.

⁵² Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 57 de 109

En consecuencia, señala AZTECA PERÚ que para el cálculo de la Metodología y, con ello, que se determine el precio máximo que puede ser cobrado por el uso de infraestructura eléctrica, ENEL se encuentra obligada a aplicar los nuevos valores de los factores "f" y "m", en tanto constituyen parte integrante de la normativa que se encontró vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.

AZTECA PERÚ precisa que, sin embargo, pese a que los nuevos valores "f" y "m" de la Metodología han sido señalados expresamente en la Resolución Viceministerial, ENEL tampoco se ha mostrado de acuerdo con respetar la modificación normativa para determinar el precio máximo que podría ser facturado a AZTECA PERÚ.

Indica AZTECA PERÚ que su negativa es especialmente gravosa si se considera las implicancias de las falencias reconocidas por el MTC en la página 9 del Informe N° 292-2017-MTC/26, respecto a la determinación del valor de estas variables en el año 2013, con motivo de la aprobación del Reglamento:

"Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables "f" y "m" se hizo en base a una fuente de información reducida. Así, para el criterio de pesos de la variable "f" se tomó arbitrariamente un tipo particular de fibra óptica y conductor. Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.

Por otra parte, para la determinación de la variable "m" se consideró el valor máximo asociado a sólo un tipo de poste de baja tensión, discriminando una gran variedad de tipos de postes y/o líneas de transmisión. Además, no se consideraron las líneas de Alta tensión."


La modificación de los factores "f" y "m" y la correcta aplicación del valor de "Na" forman parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Participación:

AZTECA PERÚ indica que corresponde precisar que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a los factores "f" y "m" y a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas⁵³.

Por ello, señala AZTECA PERÚ que en aplicación inmediata y directa de la normativa vigente, si la contraprestación pactada en un contrato continúa siendo menor al precio tope regulatorio, dicho monto podrá continuar siendo cobrado; sin embargo, si el monto acordado es mayor al precio tope regulatorio, únicamente podrá exigirse el pago de ese último.

⁵³ En ese sentido, no nos encontramos frente a un supuesto en el que se vulnere lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dado que de modo alguno se está alegando que las modificaciones legislativas en el tiempo se encuentren alterando las cláusulas pactadas en un contrato. Por el contrario, se trata de una observación fiel a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, en tanto AZTECA PERÚ busca que ENEL observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 58 de 109

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

Concluye AZTECA PERÚ que en atención a lo señalado, solicita que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuáles son los valores que ENEL y AZTECA PERÚ deben considerar para efectos de las variables "f" y "m", así como el denominador "Na", para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por ENEL y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

4.3.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 24.11.2017):


4.3.2.1 La modificación del valor de las variables "f" y "m" de la fórmula debe integrarse a la nueva contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL ha señalado que la modificación de los valores de las variables "f" y "m" dispuestas por el Viceministerio de Comunicaciones por Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), no modifica la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica que fue establecida en el Contrato de Compartición. Así pues, indican que la contraprestación fue pactada para que no se modifique de modo alguno durante un plazo de tres (3) años, por lo que, a su criterio, exigir que sólo se cobre la remuneración máxima establecida legalmente, vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado.

AZTECA PERÚ señala que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo la cuales fue suscrito el contrato que vincula a ENEL y AZTECA PERÚ. Precisan que, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas⁵⁴ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operación de la Red Dorsal, entre ellas, la existencia de una contraprestación máxima

⁵⁴ 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 El Veritas*. N.º. 2013, p. 121].



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 59 de 109

regulada y la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial⁵⁵, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, ENEL conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que lo planteado respecto a la modificación de la contraprestación originalmente pactada de modo que se integren los nuevos valores de las variables "f" y "m" dispuesto por la Resolución Viceministerial, en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación. AZTECA PERÚ no está solicitando al Consejo Directivo que interprete o declare la nulidad de lo dispuesto en el Contrato de Compartición (porque éste no es el fuero competente), sino que proceda a emitir un mandato que modifique las condiciones económicas que inicialmente fueron establecidas (en base a un cálculo erróneo), tal como se lo planteó inicialmente a ENEL.

En atención a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado, conforme a la Metodología, el Consejo Directivo deberá aplicar los valores de los factores "f" y "m" dispuestos en la Resolución Viceministerial y también deberá incluir en su mandato una disposición que sea clara en señalar que el valor de la contraprestación, en tanto coincida con el precio máximo regulado, podrá reducirse en el tiempo si es que la autoridad competente dispone nuevamente la modificación de dichas variables u otras.

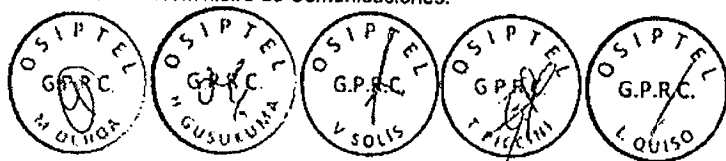
4.3.2.2 Sobre el valor del factor "Na" de la metodología.


AZTECA PERÚ señala que según ENEL la pretensión de AZTECA PERÚ de que, al calcular la nueva contraprestación, se emplee un valor igual a tres (3) para el factor "Na", no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Añade que la Resolución Viceministerial no modificó el valor del factor "Na", ni precisó que este debía entenderse como igual a tres (3).

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que el valor del factor "Na" siempre fue considerado en la Metodología con un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento. Por ello, en el presente caso, AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se aplique un nuevo valor al factor "Na", como consecuencia de la publicación de la Resolución Viceministerial, sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contra prestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL.

Asimismo, indica que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste

⁵⁵ El Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación: "Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 109

de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el "MTC") estableció que el referido costo incremental se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una relación entre las variables "f" (peso adicional de cables de los arrendatarios) y "Na" (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.

Indican que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el "Informe económico"), como se observa a continuación:

"El Informe que sustenta dicho dispositivo (Informe No 292-2017-MTC/26, el "Informe No. 292") no deja lugar a dudas que existe una relación directa entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios de apoyos) y Na (número de apoyos o arrendatarios): la medición de la variable f consideró que el número de apoyos es igual a 3, es decir Na (número de arrendatarios=3).


Esta interdependencia entre la variable f y el Na obedece a la racionalidad económica prevista en la Ley No. 29904 y su reglamento, que busca incrementar la penetración de Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

En ese sentido, el valor de $f = 18.3\%$ de la RVM de 2017 debe, necesariamente y tal como lo señala dicho Informe, entenderse que equivale al costo adicional que 3 apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica y, por tanto, la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a la 1/3 parte de ese resultado; es decir a $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$.

El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, el "Reglamento"), se consideró que el valor de f correspondía a un acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y Na también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de $f = 4.3\%$ considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.)"⁵⁶ (El resaltado y subrayado es de AZTECA PERÚ).

⁵⁶ Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 61 de 109

Indica que como explicaron en su Escrito No. 1, la lógica económica detrás de la interrelación directa de los factores "f" y "Na" y, por lo mismo, que la única alternativa razonable para la determinación de los precios máximos de compartición sea asignarle un valor de tres (3) a esta última en el caso de infraestructuras de media y alta tensión se encontraba explicada por el propio MTC en el Informe No. 292-2017-MTC/26. El economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

"El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y Na (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la Fórmula y de la metodología aplicada por el Estado peruano a través de ella, era determinar cuál es el costo incremental que le ocasiona a una torre o poste eléctrico el apoyar un cable de fibra óptica de un operador de telecomunicaciones. El criterio finalmente usado por el MTC fue asumir que el costo incremental está en función directa del peso incremental que dicha fibra óptica causa en la instalación eléctrica.

En concordancia con la sección 2.4 del referido Informe, el MTC afirma que, en la Fórmula del Reglamento (publicado y vigente desde el 2013), el criterio de peso o espacio a través del cual se mide f consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a 3, es decir $N_a = 3$. Así, el valor $f=20\%$ acumula el peso de 3 cables (arrendatarios) de fibra óptica en un determinado poste o torre, y por lo tanto la remuneración a pasar por cada apoyo era igual a $f/N_a = 20\%/3$ o 6.67%,

Similarmente, la sección 2.5 del Informe, que sustenta la RVM No. 768-2017-MTC/03, también considera que el número de arrendatarios de apoyos es igual a 3. Más específicamente el MTC estima la siguiente relación f (p. 12):

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times \text{Peso promedio por cable FO}}{\text{Peso promedio línea de transmisión}} = (\text{Fórmula 2})$$

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times 139.23 \text{ kg/cable}}{2,279.98 \text{ kg}} = 18.3\%$$


Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es 18.3%, y por tanto la remuneración por el acceso y uso de cada apoyo es igual a $f/N_a = 18.3\%/3 = 6.1\%$.⁵⁷ (Énfasis y subrayado agregados)

AZTECA PERÚ señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017⁵⁸, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que

⁵⁷ Ver Informe económico, p. 7.

⁵⁸ https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metología_M_y_F.pdf (revisado el 20 de noviembre de 2017)



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 109

de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3) para los postes de media y alta tensión.

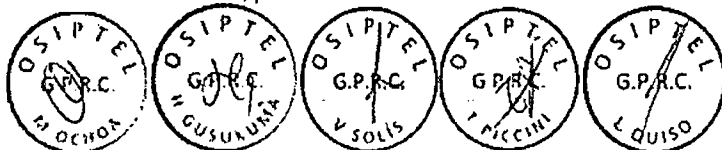
Manifiesta que no obstante lo claro que resulta que el factor "Na" es igual a tres (3), pues se encuentran en función al valor señalado para la variable "f" (peso correspondiente a tres cables de fibra óptica), lo que ha sucedido es que se ha aplicado incorrectamente la Metodología. Ello, puesto que se consideró un costo incremental que correspondía al peso de tres (3) cables de fibra óptica (valor de "f"), pero únicamente con la existencia de un cable ("Na" = 1), lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, asumieran un costo tres (3) veces mayor al que les correspondía.


"La interpretación práctica de la Fórmula tarifaria del Reglamento ha sido incorrectamente entendida en las negociaciones bilaterales entre operadores de telecomunicaciones y empresas eléctricas, debido a que el valor del parámetro f había sido interpretado por las partes como que correspondía al alquiler de 1 sólo apoyo, cuando en realidad la regulación considera el costo adicional de 3 apoyos para cables de fibra óptica. En otras palabras, para la remuneración de 1 apoyo se utilizó valores correspondientes a la cuarta columna del cuadro, en lugar de los valores establecidos en la quinta columna.

De allí que las remuneraciones efectivamente pagadas por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) a las eléctricas privadas están muy por encima de las que resultarían si se utilizara la Fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como ha sido señalado con claridad al sustentar las modificaciones plasmadas ahora en la RVM No. 768 de agosto de 2017.

La manera más expedita de la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 la remuneración mensual (RM) que actualmente se viene pagando, debido a que se había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes (= \$152.0/3).⁵⁹

⁵⁹ Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 63 de 109

AZTECA PERÚ manifiesta que, la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

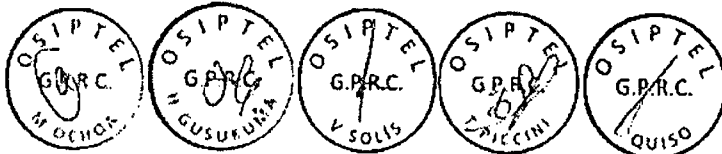
Indica que dicha situación debe ser revertida, siendo el caso que AZTECA PERÚ solicitó, sin éxito, la modificación de la contraprestación señalada en el Contrato de Compartición; motivo por el cual solicita la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL para que, mediante la emisión de un mandato, determine correctamente la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar a favor de ENEL por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, atendiendo al marco normativo vigente y los principios legales y económicos que rigen tal relación de compartición.


Señala que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas). Dicha fórmula siempre debe proteger la eficiencia económica por la compartición de la Infraestructura y resguardar que el operador de telecomunicaciones únicamente pague un monto por el espacio que, al diseñar y plantear la Metodología, se estimó que ocuparía la infraestructura compartida.

En dicho escenario, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL (a través de la emisión de un mandato) debe resguardar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y el cumplimiento de las normas aplicables, garantizando que las condiciones económicas por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica y, con ello, los operadores de telecomunicaciones únicamente paguen por el espacio que ocupan sus cables de fibra óptica.

Señala también que se debe tener en cuenta que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste permitirá una reducción de tarifas que beneficiará a incrementar la penetración de la banda ancha en zonas de preferente interés nacional del país.

"La reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión también beneficiará directamente a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a que se reducirán costos en sus estructuras de producción, coadyuvando de esta manera a alcanzar los objetivos del Estado peruano tendientes a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país; uno de los principales objetivos que justamente buscó el Estado peruano alcanzar a partir de la



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 64 de 109

*promulgación de la Ley No. 29904 y su Reglamento. El efecto de la disminución de tarifas de apoyos generará una caída en el costo marginal de la industria, lo cual se traducirá en aumentar el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida).
(...)*

El efecto de la caída en el costo marginal -a consecuencia de la reducción de remuneraciones de arrendamiento de apoyos- es que aumenta el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), equivalente a la suma de las áreas sombreadas en color amarillo (B+C+D+E), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida)⁶⁰

Asimismo AZTECA PERÚ indica que incluso, el Informe económico corrobora que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica cobrada a AZTECA PERÚ se encuentra muy por encima de las tarifas fijadas en otros países de la región, lo cual demuestra un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas, que se encuentran estableciendo una barrera económica al acceso y uso de una facilidad esencial, como es su infraestructura eléctrica, para el despliegue de la Red Dorsal.

"Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile⁶¹

"La presencia de remuneraciones excesivas de postes y torres de alta y media tensión fijadas por las empresas privadas eléctricas, es decir remuneraciones muy por encima de aquellas competitivas existentes en otros países (basadas en costos incrementales más un margen de utilidad razonable), refleja un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.⁶²


AZTECA PERÚ manifiesta que ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor "Na" es igual a tres (3), dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizarla eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones cancele un monto mayor al que le corresponde por el espacio ocupado en las torres o postes de las concesionarias eléctricas.

⁶⁰ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

⁶¹ Ver Informe económico, p. 4.

⁶² Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 65 de 109

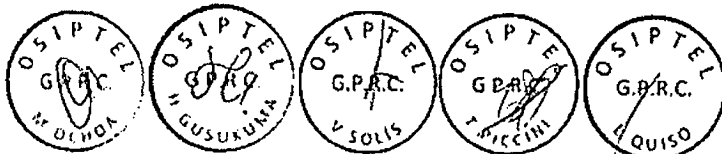
En consecuencia, indican que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con ENEL, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor "Na" es igual a tres (3).


Finalmente, señalan que el Consejo Directivo debe reconocer que existe una diferencia respecto a aquellos casos de compartición de infraestructura eléctrica a favor de empresas de telecomunicaciones bajo el régimen general de la Ley N° 28295, en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°. 29904: bajo dicho régimen no existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos igual ni similar a la contenida en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. Es decir, en aquellos casos los regulados por la Ley N° 28295 y su reglamento, las empresas tienen plena libertad de negociación en lo que respecta a la contraprestación, por lo mismo, el que se aplique correctamente o no la Metodología es irrelevante, pues lo que importa al final bajo dicho régimen es que ambas empresas estén de acuerdo en pagar el monto resultante. Del mismo modo, si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen OSIPTEL aplicó o no la información y criterios correctos que correspondían en la Metodología, no afectaba el interés público, porque dicho ordenamiento no prevé una regla de precios tope. Situación distinta se presenta en este caso, donde el Consejo Directivo debe resguardar el interés nacional y la necesidad pública que se ha reconocido en que el operador de la Red Dorsal no pague más de lo que el Reglamento ha establecido como "precio máximo" por el uso de la infraestructura eléctrica.

En ese sentido, solicitan que en este procedimiento el Consejo Directivo revise los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica de media y alta tensión bajo la Ley N°. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor "Na", en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de "precio máximo", sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.

4.3.2.3 Informe denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", del 20 de noviembre de 2017.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe en el cual destaca la relación directa existente entre los valores de las variables "f" y "Na" expuesta en el Informe que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03 cuya interdependencia, basada en el hecho de que la medición de la variable f ha considerado un número de apoyos igual a tres, también se evidencia en el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03. En base a ello, se argumenta que el valor de la variable f igual a 18.3% debe entenderse como equivalente al costo adicional que tres apoyos utilizados



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 109

por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica, de tal modo que la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a 6.1%, cifra que representa la tercera parte de dicho valor.

En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable.

Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

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


ENEL señala que el día 5 de agosto de 2017 se publicó la RVM mediante la cual se modificó el valor de la variable " f " de la Fórmula a 18.3% para infraestructura de media y alta tensión, y el valor de la variable " m " a 84.3% para el mismo tipo de infraestructura.

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

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

Lo señalado anteriormente, encuentra sustento según ENEL por lo siguiente:



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 67 de 109

(i) Marco constitucional

El artículo 62° de la Constitución Política establece lo siguiente:

*“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los **términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)**”* (Énfasis agregado).

ENEL señala que este precepto constitucional está dirigido a impedir que las normas imperativas⁶³ afecten las reglas contractuales válidamente pactadas en función del marco legal vigente al momento de la celebración del contrato⁶⁴. En consecuencia, una norma imperativa no puede *ex post* alterar los términos válidamente pactados por las partes.

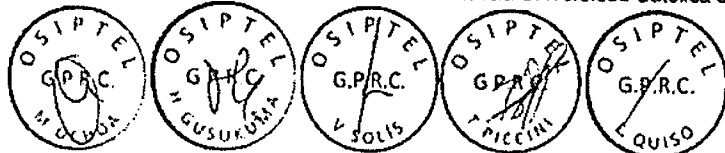
Refiere además que existen dos casos en los cuales una norma puede alterar *ex post* los términos indicados sin vulnerar el precepto constitucional citado:


- El primer caso supone que la norma imperativa bajo la cual las partes celebran el contrato establece que cualquier cambio normativo que se produzca en el futuro obligará a las partes a adecuar los términos del contrato a ese cambio.
- El segundo caso supone que las partes acuerdan modificar de manera voluntaria los términos del contrato celebrado en caso de que se produzca un cambio normativo en el futuro. Como resulta evidente, según ENEL, en ninguno de estos dos casos la libertad contractual resulta afectada.

En efecto, en el primer caso, ENEL manifiesta que las partes conocen *ex ante* que la norma imperativa requiere adecuaciones contractuales a los cambios normativos sobrevenidos. Si las partes deciden celebrar el contrato en esas condiciones, entonces

⁶³ “El Art. 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales (...). ¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato? Desde una perspectiva teórica, solo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes deciden. Como quiera que las normas dispositivas no pueden por sí alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el Art. 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que solo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra solo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el Art. 62 de la Constitución no afecta”. Ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. *La Libertad bajo Ataque: Contratos, Regulación y Retroactividad*. Ius et Veritas. 2013. Número 46. pp. 46-47.

⁶⁴ “La teoría de los derechos adquiridos, recogida en el artículo 62, que dice que si un acto jurídico -en este caso un contrato- se realizó al amparo de cierta normatividad, es dicha normatividad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogadas. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido”. Ver: BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Idemsa. 2012. p. 379. “El artículo 62 (...) se refiere a que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...) Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza”. Ver: RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Tomo 3. pp. 286 y 291.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 109

aquéllas asumen voluntariamente el riesgo de tener que modificar los términos pactados si en el futuro se producen cambios normativos.

En el segundo caso, ENEL señala que las partes consideran que la modificación de los términos pactados en caso de cambios normativos sobrevenidos es deseable.

(ii) Marco contractual

Respecto a ello, ENEL señala que el Contrato establece que las partes lo celebran en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento. En consecuencia, refiere que es claro que ENEL y AZTECA PERÚ negociaron los términos del Contrato conociendo (i) el marco normativo establecido por la Ley y el Reglamento y (ii) las restricciones a la libertad contractual establecidas por dicho marco.

Además, señala que la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

"Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los impuestos de acuerdo con las nuevas condiciones legales" (Énfasis agregado).

Indica que dicha cláusula contiene tres (3) preceptos contractuales claves:

Primero: la Retribución es pactada en función de los criterios contemplados por las normas imperativas aplicables: la Ley y el Reglamento.


Segundo: la Retribución tiene un periodo de vigencia "mínimo" de tres (3) años.

Tercero: la Retribución puede ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento ("nuevas condiciones legales"), siempre que haya vencido el periodo de tres (3) años.

Refiere además, que ni la Ley ni el Reglamento establecen que la retribución mensual está sujeta a un plazo máximo. Por lo tanto, el pacto que establece que la Retribución tiene una vigencia "mínima" de tres (3) años es válido y exigible.

Por otro lado, manifiesta que ni la Ley ni el Reglamento establecen que las retribuciones mensuales acordadas por las partes han de ser modificadas en función de los cambios que se produzcan al Anexo 1 del Reglamento. Por consiguiente, ENEL señala que no se encuentra legalmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 109

Manifiesta además, que el Contrato establece que las partes adecuarán la Retribución a los cambios normativos futuros, siempre y cuando tales cambios se produzcan una vez vencido el plazo de tres (3) años contados desde la fecha de celebración del Contrato. Como quiera que el Contrato fue celebrado el 9 de noviembre de 2015, el referido plazo de tres (3) años vencerá el 9 de noviembre de 2018. Todos los cambios normativos que se produzcan a partir de esa fecha obligarán a las partes a modificar la Retribución, en caso corresponda.

En la medida que la modificación al Anexo 1 del Reglamento se ha producido antes de que venza el plazo antes citado, ENEL manifiesta que no se encuentra contractualmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.

Asimismo, refiere que la situación originada por la RVM ha sido prevista de manera explícita por las partes en la Cláusula Cuarta del Contrato. En función de lo acordado por aquéllas, dicha situación no afecta en modo alguno a la Retribución, pues se ha producido dentro del período inicial de tres (3) años en el que ningún cambio normativo resulta contractualmente relevante para la determinación del monto de la Retribución.

Respecto al "Na":

ENEL indica que el argumento de la "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na" de la Fórmula no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Por lo tanto, señala que no se justifica la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.

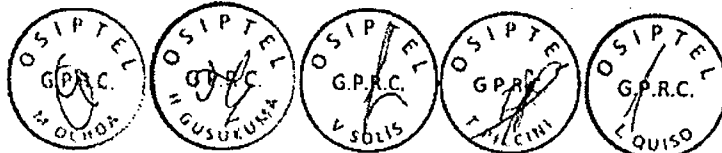
Señala que sin perjuicio de que el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente, a continuación expone el sustento por el cual la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na" de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico.

ENEL manifiesta que la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo, pues indica que AZTECA PERÚ en la carta DJ-1258/17, señaló lo siguiente:

"Lima, 17 de agosto de 2017

(...)

b) De otro lado, al plantear el cambio del valor de la variable (f) antes señalada, en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 se ha señalado que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología, debe ser igual a tres (3)². Esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios. Adicionalmente, OSIPTEL, a cuya supervisión se encuentra sujeto el Contrato de Compartición conforme a lo establecido en el artículo 25.2 del Reglamento, considera que el número de



arrendatarios de la infraestructura a ser considerado en la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura únicamente por el uso del espacio que el arrendatario requiera, sin imponerle el pago de todo el espacio disponible en dicha infraestructura - por ende sin asumir que el número es de uno (1) como se ha venido haciendo - tal como lo ha señalado expresamente el Regulador en mandatos de uso compartido emitidos el presente año.

Esta regla para definir el número de arrendatarios considerado en el denominador "Na" de la Metodología, también lleva a que se modifique el precio máximo que puede cobrarse como contraprestación por el uso de la infraestructura."


Asimismo, señala que el argumento de AZTECA PERÚ es que la RVM habría establecido que el denominador "Na" del factor "B" debe ser igual a tres (3), y en consecuencia, esta nueva regla determinaría que se modifique la Retribución en el Contrato suscrito por ambas partes. Refiere que demostrará a continuación que dicha afirmación es errónea e inexacta:

- En los Antecedentes, ENEL ha indicado que la RVM fue publicada el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables "f" y "m" previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:

NORMAS LEGALES		25						
<p>"ANEXO 1 METODOLOGIA PARA LA DETERMINACION DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DE ENERGIA ELECTRICA E HIDROCARBUROS</p> <p>La contraprestación total por el acceso y uso detallada comprende dos componentes, una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso de la misma.</p> <p>Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el período de instalación y posteriormente cuando ésta deba ser reemplazada.</p> <p>Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionados a través del proceso de licitación o concurso que tendrán a su cargo la adecuación de su infraestructura.</p> <p>La zona que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura deberá estar conéctada a centros de transformación con margen de utilidad razonable.</p> <p>El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones de forma proporcional (o en el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reemplazo de torres, postes o líneas).</p> <p>La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM) vendrá dada por la siguiente fórmula:</p> $RM = Imp + OMAC \times B \times (1 + m)$ <p>Donde:</p> <ul style="list-style-type: none"> Imp: Impuesto municipal nacional (o los impuestos) OMAC: Costo OMEX adicional de la infraestructura cuando se compare que representa una fracción del costo mensual OMEX de la infraestructura sin concesiones. B: Factor de distribución de costos sólo entre las arrendaciones. D = 1.012 Donde N: número de arrendatarios. OM: Tasa de interés mensualizada o margen de utilidad. 								
<p>Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:</p> <p>OMAC = f + OMEX</p> <p>f: 50% para Baja Tensión y 100% para Media y Alta Tensión.</p> <p>OMEX: Costo mensual OMEX sin concesiones y se calcula de la siguiente forma:</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Costo de Inversión</th> <th>Tasa de Interés aplicable</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>OMEX = $\frac{f}{12} \times RT$</td> <td>Baja Tensión</td> </tr> <tr> <td>OMEX = $\frac{A}{12} \times RT$</td> <td>Alta Tensión y Alta Tensión</td> </tr> </tbody> </table> <p>RT: Es la Tasa Total de interés de la infraestructura eléctrica y está dada por:</p> $RT = (1 + m) \times TP$ <p>Donde:</p> <ul style="list-style-type: none"> TP: Costo de los torres o postes regulados del sector eléctrico. m: 7% para Baja Tensión y 8.3 para Media y Alta Tensión. <p>El costo del montaje de los torres, postes o sustentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> f: 7.2% para baja tensión y 13.4% para media o alta tensión. <p>Nota: Los valores establecidos para las variables m, 1, f y TP podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.</p> <p style="text-align: right;">Regístrate, comuníquese y publíquese</p> <p style="text-align: right;">CARLOS VALDEZ VILLASQUEZ LÓPEZ Viceministerio de Comunicaciones 1551411-7</p>			Costo de Inversión	Tasa de Interés aplicable	OMEX = $\frac{f}{12} \times RT$	Baja Tensión	OMEX = $\frac{A}{12} \times RT$	Alta Tensión y Alta Tensión
Costo de Inversión	Tasa de Interés aplicable							
OMEX = $\frac{f}{12} \times RT$	Baja Tensión							
OMEX = $\frac{A}{12} \times RT$	Alta Tensión y Alta Tensión							

- Sin embargo, según refiere ENEL, en ningún extremo de la RVM se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador "Na" del factor "B" como igual a tres (3). En ese sentido, a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no ha



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 71 de 109

incorporado disposición alguna en el Reglamento donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios.⁶⁵

- Señala además que en efecto, el Reglamento no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como AZTECA PERÚ sostiene de forma errónea. Considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador "Na" deba ser igual a tres (3), no existe tal "nueva regla" alegada por AZTECA PERÚ en su solicitud de mandato. En consecuencia, dicho argumento carece de base normativa y no corresponde entonces que se modifique la Retribución en el Contrato.
- Indica que debe tenerse presente que lo señalado por AZTECA PERÚ no está contenido en la normativa aplicable.
- En efecto, en el Informe N° 292-2017-MTC/26 (en adelante, "Informe Sustentatorio") se analiza las variables de "m" y "f" que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisa que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se *"consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios"*⁶⁶. Del mismo modo, el Informe Sustentatorio señala que para la determinación del peso *"se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores."*⁶⁷
- Asimismo, manifiesta que al analizar la actualización de la variable "f", el Informe Sustentatorio señala lo siguiente:

2.5.1 Actualización de la variable "f"

En la metodología del año 2013, la variable "f" se define como el ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida, el cual corresponde ser asumido por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas. Dicho porcentaje, fue determinado tomando en cuenta los siguientes criterios: a) la proporción de espacio otorgado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos y el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto del peso de los conductores eléctricos.

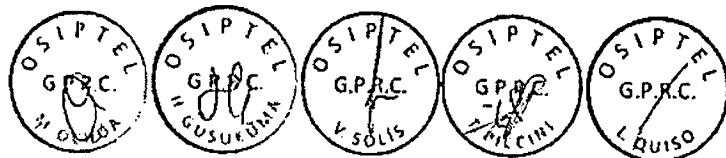
En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, considerando que los consideraciones de número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y por resistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se incorpora una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, permitiendo ajustar el valor de acuerdo con el despliegue actual de las redes eléctricas.


- Señala que como se puede apreciar, el Informe Sustentatorio únicamente da cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las variables "f" y "m", sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento.

⁶⁵ De hecho dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial

⁶⁶ Ver página 8

⁶⁷ Loc. Cit.



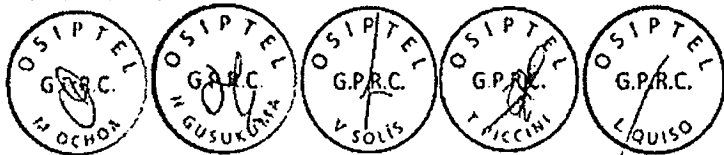
	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 109


- Siendo ello así, ENEL manifiesta que le llama la atención que AZTECA PERÚ en la Solicitud señale lo siguiente:
"5.3.3. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa."
- Además, refiere que a partir de lo anterior, la propia AZTECA PERÚ reconoce que su Solicitud no tiene base normativa, en tanto señala que la Fórmula contenida en el Reglamento no precisa cuántos arrendatarios deben ser considerados para determinar la Retribución. Sin embargo, a pesar de que la norma es clara y no existe tal regla de tres (3) arrendatarios, AZTECA PERÚ pretende realizar una interpretación de la norma mediante la aplicación del Principio de Eficiencia.
- Indica que la interpretación jurídica es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas *"cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma"*⁶⁸. En el presente caso, no hace falta realizar una interpretación a través de la aplicación de principios, toda vez que el Reglamento es claro al no determinar el número de arrendatarios para el denominador "Na" en la Fórmula. Por lo tanto, la aplicación de principios no corresponde en el presente caso.
- Añade que en consecuencia, AZTECA PERÚ incurre nuevamente en una inexactitud al sostener que en la RVM *"se ha señalado que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología [la Fórmula], debe ser igual a tres (3)"*⁶⁹. Como ha indicado anteriormente, la RVM no señala que el número de arrendatarios debe ser igual a tres (3).
- Refiere que la propia AZTECA PERÚ ha reconocido que la RVM no ha dispuesto una modificación en el número de arrendatarios que deben ser considerados en la Fórmula. En su Carta DJ-1446/17, AZTECA PERÚ señala que *"con respecto al denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B", se debe tener en cuenta que el referido valor no ha sido modificado."*⁷⁰
- No obstante ello, manifiesta además que a través de la Solicitud, AZTECA PERÚ cita lo señalado en diversos informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador "Na" al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. Sin embargo, dicho criterio no se

⁶⁸ RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho". Tercera reimpresión de la décima edición. Lima: PUCP, p. 220.

⁶⁹ Ver literal b) de la Carta 1258.

⁷⁰ Ver numeral 3.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 73 de 109

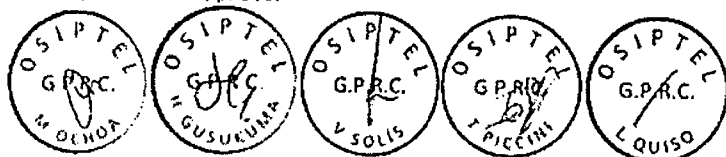
encuentra recogido en la normativa, tan es así que no fue materia de regulación en la RVM, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.


- Indica que como no escapará a su entender, nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento.
- Agrega, que como bien ha señalado Morón Urbina, el informe o dictamen "constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva, no decisoria". Así, el "carácter sustancial" del informe "no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas", de manera que "esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutorio o sujeto a fe plena".⁷¹
- Por lo tanto, menciona que los razonamientos, criterios o metodologías empleadas en un informe consultivo como aquellos citados por AZTECA PERÚ en su Solicitud, no constituyen decisiones, actos administrativos ni normas que puedan imponer obligaciones que no están previamente contempladas en la normativa aplicable. En esa línea, las opiniones emitidas por los órganos al interior de una entidad como el OSIPTEL no generan efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados.
- Refiere que a la luz de lo señalado, AZTECA PERÚ no puede utilizar como argumento las afirmaciones o metodologías empleadas por un órgano del OSIPTEL para exigir la modificación del Contrato. Como ha quedado en evidencia, la normativa vigente (el Reglamento) no ha recogido en ningún sentido la supuesta "nueva regla" que AZTECA PERÚ viene citando como sustento de su Solicitud.
- Sin embargo, añade que a pesar de la claridad en el Reglamento, AZTECA PERÚ insiste con aplicar principios como el de Predictibilidad o Confianza legítima, como se puede apreciar a continuación en su Solicitud:

5.3.11. Consideramos que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na" claramente por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima (...) Las actuaciones administrativas son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes

⁷¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General" Lima. Gaceta Jurídica, 2009. 8° ed., p. 500.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 109

administrativos, salvo que por las razones que se explicitan, por escrito, decida apartarse de ellos


La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables" (énfasis y subrayado agregados)

- Señala que a criterio de AZTECA PERÚ, el OSIPTEL debe aplicar el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima y no variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de normas aplicables. Sin embargo, como hemos demostrado en este caso, la Fórmula del Reglamento no presenta vacíos o tratamientos poco claros que requieran interpretación alguna: la norma es precisa, no existe regla que exija considerar a tres (3) arrendatarios en el valor del denominador "Na".
- Por el contrario, refiere que en el presente caso corresponde que el OSIPTEL aplique el **Principio de Legalidad**, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 6-2017-JUS (en adelante, "TUO de la LPAG"), en virtud del cual se establece que "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas".
- En atención a lo anterior, manifiesta que el referido principio se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades, otorga facultades y apodera a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites⁷². Como consecuencia de ello, dichos límites facultan a los administrados a poder exigir a la Administración Pública que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que sus actos se verifiquen por los órganos competentes⁷³.
- En ese sentido, señala que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Así las cosas, las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstos no han sido recogidos expresamente por el Reglamento, como sucede en el presente caso.
- Manifiesta que más allá de lo expuesto, lo que plantea AZTECA PERÚ es en realidad que se aplique el criterio de considerar tres potenciales arrendatarios para el cálculo de la Retribución. Otra vez, aun en el escenario errado de AZTECA PERÚ (y sin perjuicio de la cláusula arbitral pactada), en vía administrativa lo planteado por dicha empresa solo podría evaluarse en un procedimiento de

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS, 2006., p. 449.

⁷³ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 22ª Edición. México D.F.: Porrúa, pp. 451-452.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 75 de 109

solución de controversias ante un CCO competente. AZTECA PERÚ optó por una vía legal impertinente.

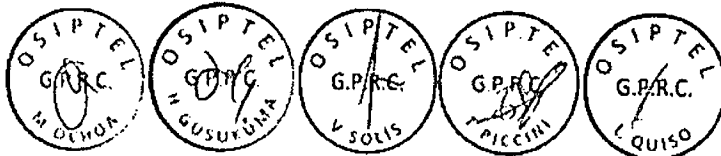
- Debido a ello, ENEL señala que se encuentra ante otra situación que acredita la IMPROCEDENCIA de su solicitud de emisión de mandato.


Adicionalmente, ENEL manifiesta que la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico, por lo siguiente:

- AZTECA PERÚ en su Carta DJ-1258/17 señala que, en la medida que el Informe Sustentatorio menciona que el criterio por espacio empleado para los valores de las variables de "m" y "f consideró tres (3) arrendatarios, en consecuencia *"esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología [la Fórmula] que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios"*.
- No obstante ello, refiere que AZTECA PERÚ incurre en otra imprecisión al no haber considerado en la Solicitud y en ninguna de sus comunicaciones los aspectos técnicos propios de la infraestructura de ENEL. De hecho, a la fecha, manifiesta que ENEL no ha recibido ninguna comunicación de AZTECA PERÚ donde se le consulte sobre la viabilidad técnica de soportar tal número de arrendatarios en su infraestructura.
- Añade que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Para mayor detalle del sustento técnico, hace referencia a tres (3) documentos:
 - (i) Informe Técnico⁷⁴ de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por el personal técnico de ENEL (en adelante, "Informe Técnico") y que adjunta a su carta como Anexo 2.

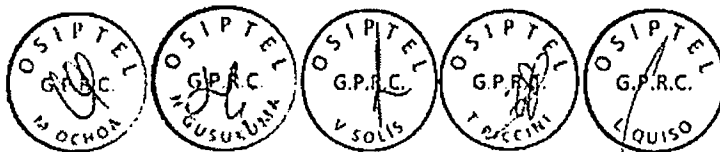
⁷⁴ "Informe Técnico de cantidad de fibras sobre estructuras de redes de alta tensión" de ENEL (octubre 2017), que concluye lo siguiente:


- 1.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre estructuras de alta tensión en áreas transitadas y no transitadas no es factible, debido al incumplimiento de las distancias mínimas de seguridad definidas en el CNE-2011.
- 2.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará un riesgo a los trabajos de mantenimiento, lo cual implicaría incumplir el Código Nacional de Electricidad y otras normas del sector.
- 3.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará el incumplimiento de la distancia máxima permitida de 2,3 m entre el conductor energizado y el cable de fibra óptica, distancia prevista en la Guía 11-2-550 Enel.
- 4.- El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión.
- 5.- Para poder cumplir lo solicitado por Azteca, Osinergmin debería modificar la estructura de los módulos reconociendo postes de AT de mayor altura y estos se vean reflejados en la tarifa eléctrica."



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 76 de 109

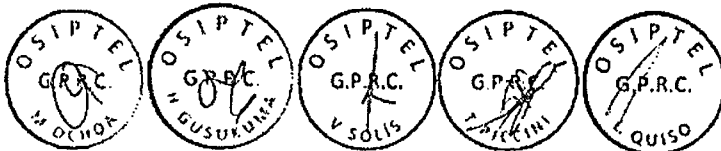
- (ii) Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL), elaborada por ENEL y que adjunta a su carta como Anexo 3.
 - (iii) Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).
- Sobre la base de lo anterior, señala que procede a exponer el sustento técnico de su posición. El Informe Técnico desarrolla las limitaciones técnicas que se presentarían de exigir a ENEL que albergue a tres (3) arrendatarios en las estructuras de alta tensión de ENEL.
 - Así, en primer lugar, menciona que ENEL incurriría en un supuesto de incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE-2011), aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, se estaría incumpliendo la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.
 - De igual forma, manifiesta que la exigencia de AZTECA PERÚ generará el incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL). El Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.
 - Al respecto, indica que ambas empresas han pactado en la Cláusula Décima del Contrato que AZTECA PERÚ está obligada a actuar *"cumpliendo en todo momento con las Normas Técnicas"*, término que está definido en el Contrato como *"técnicas, emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR"* (hoy, ENEL).
 - En virtud de lo señalado anteriormente, manifiesta que queda claro que resulta aplicable en el presente caso lo dispuesto en la Guía LI-2-550 ENEL, al amparo de lo dispuesto en el marco normativo y el Contrato suscrito entre ambas partes.
 - En esa línea, refiere que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica. Ello se puede apreciar en la referida guía:




	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 109

DISTANCIAS DE SEGURIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> - Distancias entre conductores y cables (comunicación y suministro) tendidos en diferentes estructuras: <ul style="list-style-type: none"> a. A lo largo de la línea (paralelo) <ul style="list-style-type: none"> o Distancia vertical : 2.3 m b. Al cruce entre líneas <ul style="list-style-type: none"> o Distancia vertical (*) : 2.3 m <p>(*) Las líneas de comunicación se encuentran en el nivel más bajo. No se instalará fibra óptica en estructuras (postes de concreto y postes de madera) dañados.</p>		
INSTALACIÓN DE CABLES DE COMUNICACIÓN EN ESTRUCTURAS DE A.T.		
eddnor	GUÍA PARA INSTALACIÓN DE FIBRA ÓPTICA	LI-2-550

- En consecuencia, manifiesta que AZTECA PERÚ no puede pretender que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios cuando los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que ello no es posible. Ciertamente, AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía cuando menos desde octubre de 2016, fecha en la cual se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico. Remite a su carta una copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde se remite, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.
- Además, señala que siendo ello así, le llama poderosamente la atención que luego de varios años de suscrito el Contrato, y teniendo conocimiento pleno de las reglas de operación y mantenimiento de la estructura eléctrica de ENEL, AZTECA PERÚ pretenda transgredir dichos estándares e incumplir lo acordado expresamente en el Contrato (Cláusula Décima) a partir de la comentada exigencia en su Solicitud.
- De otro lado, señala que aquello que solicita AZTECA PERÚ también generaría un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión a ENEL, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Además, indica que ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.
- Refiere para un mayor detalle de la imposibilidad técnica de albergar a tres (3) arrendatarios en la infraestructura de ENEL, remitirse a lo desarrollado en su Informe Técnico.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 109

- Asimismo, manifiesta sobre la base de lo anterior, que AZTECA PERÚ no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultaría perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos.
- En dicho escenario, indica que los postes de alta tensión -tal como estos son reconocidos por OSINERGMIN- no pueden acoger tres (3) arrendatarios.
- Siendo ello así, refiere que AZTECA PERÚ ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios, solicitando una adecuación que incluya el máximo número de usuarios que el OSIPTEL ha considerado anteriormente en los informes citados por AZTECA PERÚ en la Solicitud. Como ha demostrado, existe una imposibilidad en lo requerido por dicha empresa.

Por todo lo expuesto con anterioridad, solicita al Consejo Directivo de OSIPTEL que declare IMPROCEDENTE la solicitud de AZTECA PERÚ.

4.3.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:


4.3.3.1 Respecto de la legalidad de la modificatoria de la retribución pactada.

En primer lugar, se debe señalar que el numeral 5 y 6 de la Cláusula Primera del referido contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL, hace mención al marco normativo principal bajo el cual se celebra el contrato, tal como se observa a continuación:

- (5) En cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada mediante Ley N° 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, AZTECA ha efectuado un requerimiento a EDELNOR para acceder y usar Infraestructura, tal como se encuentra definida en la Cláusula Segunda de este Contrato.
- (6) Después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo establecido por el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, AZTECA y EDELNOR han acordado suscribir el presente Contrato.

En ese sentido, tratándose la presente de una relación de compartición creada al amparo de la Ley N° 29904, la modificación, regulación o extinción del mismo debe sujetarse también a las disposiciones de dicha Ley. Cabe indicar que, respecto de la competencia del OSIPTEL para intervenir en la vía de mandato ante la falta de acuerdo de las partes para modificar condiciones del contrato respectivo, nos remitimos a lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del presente informe.



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

De otro lado, en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (vigente desde el 05 noviembre del 2013) se detalla la fórmula que determinará el valor de dicha contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres), en el cual se señala entre otros aspectos, que los valores establecidos para las variables m , l , h , y f en dicho Anexo 1, podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones, tal como ocurrió a través de la reciente modificatoria aprobada por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 en agosto del 2017.


De manera complementaria, el artículo 30.4 del referido Reglamento señala también lo siguiente:

“30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.” (El resaltado es nuestro).

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 109

De otro lado, el numeral (1) de la Cláusula Cuarta del contrato suscrito por las partes, referida a la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL, señala lo siguiente:


“(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.” (El resaltado es nuestro).

Como se observa, en el citado texto del contrato se señala la intención de las partes de sujetarse a la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y no de desconocerla. No obstante, dicho texto señala también que se deberá revisar los importes fijados de acuerdo a las nuevas condiciones legales existentes luego de tres años de vigencia mínima. Esto último resulta contradictorio con el principio de “No Discriminación” señalado anteriormente, y con la observancia, sin restricciones, de la aplicación de la metodología señalada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

En conclusión, el numeral (1) de la referida cláusula restringe en el tiempo la aplicación de la referida metodología, por lo que no puede ser considerado como “términos válidamente pactados por las partes” tal como lo señala ENEL, por contraponerse al Reglamento de la Ley N° 29904, en cuanto a la fijación y aplicación de contraprestaciones, norma vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, considerando las modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 81 de 109

4.3.3.2 Respetto del número máximo de arrendatarios señalados por ENEL.

Respetto de que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas, se debe enfatizar que la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos. Ello debido a que la premisa utilizada en la determinación de la fórmula para dimensionar el costo incremental del operador eléctrico, era considerar a tres (3) arrendatarios, tal como se explicó anteriormente.


Asimismo, el informe técnico presentado por ENEL, concluye entre otros aspectos que:

"El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la Infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión." (El resaltado es nuestro).

Al respecto se debe señalar que distintas empresas concesionarias de servicio público de energía eléctrica han remitido información al OSIPTEL, en respuesta a un requerimiento de información en el año 2016, en la cual se evidencia que el número máximo de arrendatarios a los que se puede dar acceso a una Infraestructura de alta tensión es mayor a uno (01). A continuación se detallan algunos ejemplos extraídos de la información remitida:


Operador eléctrico con estructuras de alta tensión	Código de infraestructuras de soporte eléctrico de alta tensión	Número máximo de arrendatarios (*)	Altura (m)	Documento
ADINELSA (Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.)	Poste/Torre de acero: PA18/9900 PA21/7000 PA22/6550 PA25/6000 PA26/6150 Postes de concreto armado: PC16/1300 PC19/1300	2	16, 18, 19, 21, 22, 25 y 26	C.393-2016-GT-ADINELSA recibida el 25.10.2016
CONENHUA (Consortio Energético de Huancavelica S.A.)	Torre de acero: TA060SIR1D1C1120FS±0 TA060SIR1D1C1120FS+6 TA060SIR1D1C1120FA±0 TA060SIR1D1C1120FB+3 TA060SIR1D1C1120FR±0 TA060SIR1D1C1120FR+3 TA060SIR1S1C1120FS±0 TA060SIR1S1C1120FS+6	2	20,22, 23,26 y 28	Carta CONENHUA-GG-120-2016 recibida el 26.10.2016



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018 Página: 82 de 109
	INFORME	

	TA060SIR1S1C1120FA±0 TA060SIR1S1C1120FB+3 TA060SIR1S1C1120FR±0			
EGASA (Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.)	Estructura de Acero: PA25/9700 PA29/5450 PA31/5400	4	25, 29 y 31	Carta C.GG-0366/2016-EGASA recibida el 03.11.2016
EGESUR (Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A.)	Estructura de Acero: PA21/1650 PA21/2750	2	21	Carta C.C-G-1912-2016/EGS recibida el 07.11.2016
ELECTRO DUNAS (Electro Dunas S.A.A.)	Postes de concreto: PC18/600 Estructuras de acero galvanizado de 22 y 35 m.	4	18, 22 y 35	Carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23.11.2016
ELECTRO PUNO (Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad - Electro Puno S.A.A.)	Estructura de Acero: PC21/600	3	21	Escrito S/N recibido el 14.10.2016
PROYECTO PEOT (Gobierno Regional de Lambayeque)	Torre de acero: TA060SIR1S1C1120A+3 TA060SIR0D1C1120S+3 TA060SIR0D1C1120S±0 TA060SIR1S1C1120S+3 TA060SIR1S1C1120B±0 TA060SIR1S1C1120B-3	2	16, 19 y 22	Oficio 1329-2016-GR.LAMB/PEOT recibido el 20.10.2016
SAN GABAN (Empresa De Generación Eléctrica San Gabán S.A.)	Poste de Acero: PA25/1200 PA25/4400 PA25/4450 PA25/7000	2	25	Carta C.EGESG N° 605-2016-GG recibido el 28.10.2016
ELECTRO ORIENTE (Empresa Regional de Servicios Públicos de Electricidad del Oriente S.A.)	Poste de Concreto: PC21/400 PC21/1400 PC25/400 PC25/3400 Poste de Acero: PA19/5250 PA19/8300 PA21/800 PA21/5450 PA23/9400 PA23/15150 PA25/700	5	19, 21, 23, 25, 26, 29 y 31	Carta C.G-1430-2016 recibida el 25.10.2016



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 83 de 109

	PA25/8100 PA26/5500 PA26/15800 PA29/1250 PA29/8750 PA31/5400			
--	---	--	--	--

(*) Se solicitó expresamente a las empresas, el número máximo de arrendatarios (concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones) a los que sea factible dar acceso por cada uno de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres) consignados por su representada en el presente cuadro, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas que resultarán aplicables.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se debe señalar que como parte del presente pronunciamiento, no se requiere determinar si efectivamente los postes y torres de ENEL, técnicamente pueden dar acceso como máximo a un (01) arrendatario o más arrendatarios, debido a que, como se indicó anteriormente, la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos, al margen del caso particular de ENEL, cuyos postes y torres, según lo señala dicha empresa, cada uno son de diferente tipo y con capacidades distintas.


Es importante también señalar que la determinación del valor de la retribución mensual por parte del OSIPTEL, considera el pago que debe realizar un arrendatario por instalar un cable de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico. Por ejemplo, si hipotéticamente ENEL modificara su infraestructura, y le fuera factible dar acceso a dos o tres arrendatarios, la retribución mensual sería la misma ya que fue fijada por arrendatario. Así, ENEL podría cobrar en total, el doble o el triple de dicha retribución fijada por el OSIPTEL, dependiendo el número de arrendatarios con los que cuente. Cabe también señalar, que los costos incrementales generados por cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, tal como se detallara ampliamente más adelante, por lo que en el caso de que ENEL tenga siempre un arrendatario, sólo se habrían generado los costos incrementales atribuibles a dicho arrendatario.

4.3.3.3 Respecto del valor de retribución mensual y del número de arrendatarios (Na).

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual)

El referido Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de dicha contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental), asignable a cada arrendatario.




	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 109

De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho único arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicaciones por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin compartición). Así, cada arrendatario que accede a la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de la instalación de cada cable de comunicación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobrecosto del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida a dicho arrendatario. Es decir, si en un momento determinado dos arrendatarios accedieran a un mismo poste o torre, generarían en conjunto un costo incremental de 12,2% del costo de operación y mantenimiento habitual, y si fueran tres arrendatarios generarían, en conjunto, como costo incremental, un 18,3% del costo de operación y mantenimiento habitual; y así sucesivamente, hasta completar la cantidad máxima de arrendatarios que pueda soportar una determinada infraestructura de soporte eléctrico.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), en algunos casos, aun considerando el costo incremental total por el acceso de tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 85 de 109

N°	CODIGOS DE LAS BASES DE DATOS MOD (INV/2017 O SICOD)	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FÓRMULA 2015 (Monto pagado por 03 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Monto pagado por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	EA060COU0S0-300-A2	68.70	53.57
2	EC060COU0D0-300-S1	9.50	53.57
3	EMSU1P60C1	8.50	53.57
4	PPC20	1.50	4.74
5	PPC24	1.90	4.74
6	PPC35	0.30	1.79
7	PPC38	0.30	1.79
8	PPC40	0.40	1.79

Nota:

(*) Para efectos de comparación, se utilizó un tipo de cambio de soles por dólar de S/3.31, correspondiente al 09 de noviembre de 2015.

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están, en todos los casos, muy por debajo de los precios acordados en el contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

Construcción de la fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual

El valor de la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (RM), según lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y modificatoria, se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la Infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde *Na:* número de arrendatarios

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.



Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para baja tensión y 18,3% para media y alta tensión.

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Calculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP : Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m : 77% para baja tensión y 84,3% para media y alta tensión.

(Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).

l : 7,2% para baja tensión.


h : 13,4% para media o alta tensión.

Asimismo, la aplicación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, da como resultado la contraprestación mensual que corresponde aplicar, por el acceso y uso de cada poste o torre, a un único operador de telecomunicaciones por la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Esta definición se basa en la premisa que cada operador que accede a la infraestructura de soporte eléctrico, instalará un (01) cable de comunicación, por lo que si algún arrendatario requiere instalar más de un cable de comunicación en el referido poste, éste deberá pagar tantas veces el monto de la contraprestación mensual unitaria que se determine como cables haya instalado en dicho poste.

Cabe señalar, que mediante la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 el MTC modificó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, referida anteriormente, en cuanto a los valores de los parámetros "f" y "m", siendo los valores indicados anteriormente, los vigentes a la fecha.

De manera específica, respecto del parámetro "f" se realizó la siguiente modificación:



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 87 de 109

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
$f = 20%$ (para baja, media y alta tensión)	$f = 20%$ (para baja tensión)
	$f = 18,3%$ (para media y alta tensión)

Dicho componente representa la fracción del costo de OPEX mensual de la infraestructura sin compartición (componente denominado "OMs"), que equivale al OPEX que se genera de manera adicional como consecuencia de la compartición (componente denominado "OMc").

De otro lado, respecto del parámetro "m" que expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
$m = 77%$ (para baja, media y alta tensión)	$m = 77%$ (para baja tensión)
	$m = 84,3%$ (para media y alta tensión)


Valor que corresponde considerar como "Na" (número de arrendatarios).

En relación a lo señalado por ENEL sobre una supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na", se debe señalar que según se desprende de la lectura de la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, la renta mensual por arrendatario es equivalente al costo incremental adicional en que incurre el operador eléctrico por la instalación de un cable de comunicación; dimensionado por el MTC en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador, en un escenario sin compartición.

En efecto, en la exposición de motivos de la resolución que aprueba los nuevos valores para "f" y "m", según lo detallado anteriormente, se señala el siguiente texto:

“...
 Para el cálculo de la variable "f" utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio. De modo que el valor variable "f" utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 88 de 109

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\frac{3 \times 139,23}{2,279,98} \times 100 = 18,3\%$$

De los resultados obtenidos tenemos que el valor de "f" según el criterio de pesos es de 18,3% y según el criterio de espacios (metodologías del 2013) es de 17%.


A fin de determinar la variable "f", esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18,3%, válido para Media y Alta tensión." (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26 de fecha 04 de agosto de 2017, disponible en la página web del MTC⁷⁵, el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 arrendatarios. Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto para comentarios publicado en febrero del 2017, en el cual se propuso un valor de "f" = 5,8% debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de "f" = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

⁷⁵ http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metodolog%C3%ADa_M_y_F.pdf



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 89 de 109

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a 03. Con dicho valor, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta mensual, el costo incremental individual originado por instalar su propio medio de comunicación (01 cable); y el arrendador recibirá de este específico arrendatario, el monto equivalente al costo adicional por el uso de su infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de un "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se generan distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros.

A modo de ejemplo, si un poste o torre pueda albergar hasta dos (02) operadores, la aplicación de un "Na" = 02 deriva en que la Renta Mensual calculada esté sobredimensionada (pues el costo incremental total está dimensionado para 03 arrendatarios). En ese escenario, el arrendatario pagará más respecto de lo que debió haber pagado. Sin embargo, si aplicamos un "Na" = 03, obtenemos un valor de contraprestación mensual atribuible a un (01) arrendatario.


A continuación, con fines ilustrativos, se muestra como la aplicación de un valor del número de arrendatarios "Na" = 03, determina un valor de contraprestación mensual consistente con el costo incremental generado por el acceso de un (01) arrendatario en un poste que como máximo permite instalar dos (02) cables de fibra óptica. Adicionalmente, en este caso asumimos que el costo de operación y mantenimiento adicional originado por cada operador de telecomunicaciones es de US\$ 5 dólares por arrendatario que instala un cable de fibra óptica. En ese sentido, el costo de operación y mantenimiento adicional total es de US\$ 10 dólares por el acceso de dos arrendatarios.

En este caso, la aplicación del parámetro "f" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor del número de arrendatarios "Na" = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

Es importante notar, en este ejemplo, que el considerar un "Na" = 02 implica que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares por arrendatario, sino de US\$ 7,5 dólares (15/2); es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional es de US\$ 10 dólares (por los dos arrendatarios), terminaría cobrando en conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

Del mismo modo, para el caso de un poste que permite instalar cinco (05) cables de fibra óptica, la aplicación del parámetro "f" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 109

un "Na" = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, si se considerara un "Na" = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

A continuación se muestra un cuadro comparativo entre las rentas mensuales totales que recibiría el operador eléctrico, considerando un "Na" = 3 en todos los casos, y la situación en la que consideramos un "Na" distinto de 03, a partir de un costo de operación y mantenimiento (OPEX) mensual sin participación de US\$ 82 dólares (componente OMs de la fórmula anteriormente referida).

Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (1)	Renta total con "Na" (2,3%)	RM por arrendatario (1')	RM total (NA=3)	RM por arrendatario (1'')	RM total 2	Diferencial (RM total 1 - costo)	Diferencial (RM total 2 - costo)	Impacto en el costo de participación
5	25,0	15,0	5,0	25,0	3,0	15,0	0,0	-10,0	40%
4	20,0	15,0	5,0	20,0	3,8	15,0	0,0	-5,0	25%
3	15,0	15,0	5,0	15,0	5,0	15,0	0,0	0,0	0%
2	10,0	15,0	5,0	10,0	7,5	15,0	0,0	5,0	-50%
1	5,0	15,0	5,0	5,0	15,0	15,0	0,0	10,0	-200%

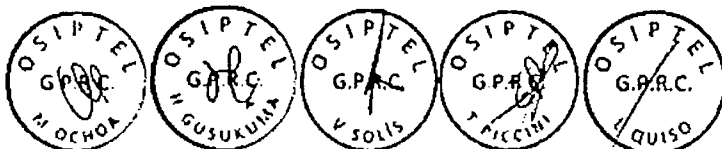
Notas:


(*) Por simplicidad, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin participación (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(**) Por simplicidad, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas).

Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de "Na" igual a 03, independientemente del tipo de poste y cantidad de cables que pueden ser instalados, el costo incremental total generado es consistente con la renta total a ser cobrada por el operador eléctrico; mientras que considerando cualquier otro valor para "Na" se perjudica económicamente al operador eléctrico o al operador de telecomunicaciones, lo que constituye una solución sub óptima desde el punto de vista de eficiencia económica (lo que se paga por el acceso a la participación no corresponde al costo generado por dicha participación).

En efecto, como se observa en el cuadro anterior, si se considera un "Na" menor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Por ejemplo, si el valor del "Na" es 2, entonces el operador de telecomunicaciones paga más del 50% extra al costo incremental, y si el valor del "Na" es 1 entonces paga el triple del costo incremental que le corresponde (200% extra). De otro lado, si se considera un "Na" mayor que 03, el operador de telecomunicaciones



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 91 de 109

pagará menos que el costo incremental que le corresponde. Es decir, si por ejemplo el valor del "Na" es 4 el operador de telecomunicaciones paga un 25% menos del costo incremental, mientras que si el valor del "Na" es 5 paga un 40% menos. Como se observa, el impacto en el costo de compartición es considerablemente alto cuando se considera un valor de "Na" diferente a 03, para cualquier caso.

Como se expuso, la aplicación de un "Na" = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga exactamente al costo incremental individual atribuible al arrendatario es consistente con la naturaleza de la normativa vigente. En esa línea, la aplicación de la cantidad de arrendatarios señalada es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos:

El artículo 7 de la Ley Nº 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁷⁶, señala como uno de los principios el siguiente:

"Onerosidad de la Compartición.- Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable." (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición.

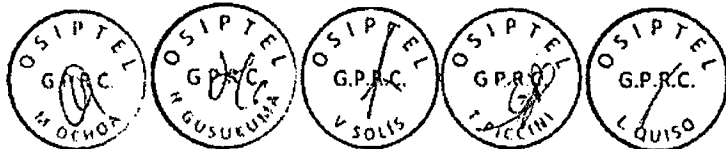
Complementariamente, el artículo 34 del Reglamento de la Ley Nº 28295⁽⁷⁷⁾, establece como uno de los principios de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que:


"(...) toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular." (Lo resaltado es nuestro).

En atención a dicho artículo, la renta mensual que debe pagar un beneficiario (arrendatario), debe retribuir únicamente el costo incremental generado por dicho beneficiario.

⁷⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de julio de 2004.

⁷⁷ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de marzo de 2005.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 92 de 109

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica^[78], señala que:

12.3 "El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que actúan como concedentes de los servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes por carretera y ferrocarriles, respectivamente, establecen dentro de sus respectivas regulaciones, los mecanismos para el reconocimiento de los costos incrementales en los que incurran sus concesionarios a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo." (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la normativa reconoce la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, en estricto.

Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904^[79] señala que:

20.2 "El reconocimiento de los costos incrementales, tanto de inversión como de operación y mantenimiento, considerará mecanismos que reflejen costos eficientes, así como las condiciones reales de mercado y de obra." (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.


En conclusión, el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03) debido a que el valor del parámetro "F" fue dimensionado bajo la premisa de que la infraestructura soportará tres (03) cables de fibra óptica, lo cual se fundamenta en la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 y su informe sustentatorio, así como, en la normativa aplicable.

En tal sentido, lo señalado por ENEL respecto de que no existe regla que exija considerar a tres (3) arrendatarios en el valor del denominador "Na", se debe señalar

⁷⁸ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de Julio de 2012.

⁷⁹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 109


que el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 define el "Na" expresamente como "Numero de Arrendatarios", sin considerar ninguna otra precisión, por lo que la aplicación de un valor de $Na = 3$ no va en contra de lo establecido en el referido reglamento, sino que más bien, está en la línea de lo dispuesto en la normativa señala anteriormente, respecto de asegurar la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, lo cual sólo es posible si se considera un "Na" = 3 en todos los casos, debido a que esa fue la premisa utilizada en la determinación de la fórmula para dimensionar el costo incremental de tres (3) arrendatarios, tal como se explicó anteriormente.

Respecto de supuesto cambio de regla para considerar el "Na" igual a 3 arrendatarios, señalado por ENEL, se debe señalar que la opción más óptima, antes de la entrada en vigencia de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, era considerar el valor del "Na" como el número máximo de arrendatarios de cada operador, porque el OSIPTEL desconocía cuantos arrendatarios habían sido considerados para dimensionar el costo incremental total en la determinación del "f" = 20% vigente hasta el 4 de agosto de 2017. Al respecto, se debe señalar que en la literatura económica existe el criterio de "Second Best" que refleja una situación de segundo mejor ante la imposibilidad de obtener una solución óptima perfecta. Por esta razón, considerar el Na" como el número máximo de arrendatarios era el mejor *proxi* de un "Na" óptimo, que permitiera determinar un valor de contraprestación orientado al costo económico eficiente de su provisión, es decir, que la renta mensual que debe pagar el arrendatario este orientada a los costos incrementales atribuibles y generados por dicho arrendatario.

Este criterio de orientación a costos económicos eficientes la determinación de la contraprestación, no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico, tal como se ha observado en los distintos mandatos emitidos. Ese criterio no cambia. Lo que cambia son los valores de los parámetros de la formula, tal como ocurrió en agosto del 2017, y el valor del "Na" dependiendo el número de arrendatarios que fueron considerados para dimensionar el costo incremental total, reflejado en el valor del parámetro "f", evidenciándose una correspondencia de causa y efecto. Es decir, lo que se ajusta es la implementación de la metodología aprobada para fijar la contraprestación a costo económico eficiente y atribuible a cada arrendatario.

Ahora supongamos que nuevamente, a través de una resolución viceministerial se modifica nuevamente el parámetro "f", y que en esta oportunidad el valor fijado es el valor publicado en el proyecto de febrero del 2017, es decir un "f" = 5.8% el cual considera el costo incremental de un arrendatario. La implementación de la formula con este cambio en el parámetro "f", llevaría a considerar de ahí para adelante un "Na" = 1, manteniendo el criterio referido anteriormente, de que la renta mensual que debe pagar el arrendatario este orientado al costo económico incremental, atribuible y generado por dicho arrendatario.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 94 de 109

Evidentemente, este cambio en el valor del "Na" = 3 a causa de un "f" = 18,3%, a un "Na" = 1 a causa de un "f" = 5,8%, no puede ser interpretado como un cambio de criterio, sino de la implementación de la modificación de la fórmula, considerando el mismo criterio de orientación a costos incrementales atribuible y generado por un arrendatario. En el hipotético caso de que el valor del parámetro "f" hubiera considerado el costo incremental de ocho (8) arrendatarios, el "Na" sería igual a 8, para todos los casos.

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a ENEL.


Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a ENEL, entre otros, información de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, la cual fue remitida mediante carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 3 de noviembre de 2017.

Las referidas estructuras corresponden a postes de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, siendo un total de 4,321 estructuras de soporte eléctrico, instaladas en diversos distritos del departamento de Lima y de la provincia constitucional del Callao. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ENEL:

N°	CÓDIGOS DE "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS (POSTE)	NIVEL DE TENSION REPORTADA (BT, MT, AT)	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE POSTES
1	EA060COU0S0-300-A2	Metálico	AT	18	212
2	EC060COU0D0-300-S1	Concreto	AT	19	112
3	EMSU1P60C1	Madera	AT	18	371
4	PPC20	Concreto	MT	13	1,326
5	PPC24	Concreto	MT	15	809
6	PPC35	Concreto	BT	8	254
7	PPC38	Concreto	BT	9	267
8	PPC40	Concreto	BT	11	970

Sobre esa base, se mostrarán los precios de las infraestructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro, así como la descripción de dichas infraestructuras, considerando las bases de datos de OSINERGMIN, las cuales corresponden a 3 códigos de la base de datos "MOD INV_2017" y a 5 códigos de la base de datos "SICODI":



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 109

N°	CODIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	DESCRIPCIÓN DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	PRECIO CIF UNITARIO (US\$, sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	EA060COU0S0-300-A2	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	17,210.08	MOD INV_2017
2	EC060COU0D0-300-S1	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	2,375.70	MOD INV_2017
3	EMSU1P60C1	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,141.56	MOD INV_2017
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	364.69	SICODI
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	476.76	SICODI
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	136.80	SICODI
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	159.17	SICODI
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	206.03	SICODI


De esta manera, considerando en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, los referidos precios de las infraestructuras de soporte eléctrico y las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

N°	CODIGOS DE SUMINISTRO DE "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	Nivel de Tensión (BT, MT, AT)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	21.80
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	3.00
3	EMSU1P60C1	AT	2.70
4	PPC20	MT	0,46
5	PPC24	MT	0,60
6	PPC35	BT	0,10
7	PPC38	BT	0,11
8	PPC40	BT	0,15

Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América.



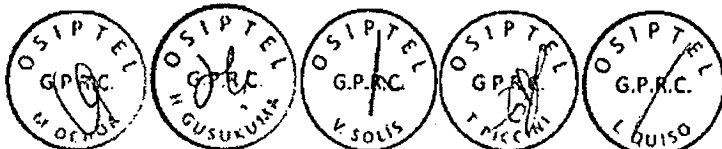
	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 109


Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada poste de ENEL por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.

Cabe destacar, que los valores de retribución mensual por arrendatario señalados, son el resultado de la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, según se detalla a continuación:

- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada poste, multiplicamos el precio CIF unitario de cada poste extraído de las bases de datos "MOD INV_2017" y "SICODI" del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de 1,843 (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de 1,77 (en el caso de líneas de baja tensión), dando como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- De otro lado, a fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de 0,134 (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de 0.072 (en el caso de líneas de baja tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de 0,183 (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de 0.20 (en el caso de líneas de baja tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 03 arrendatarios. En este punto cabe reiterar que el costo total incremental (OMc) ha sido dimensionado para albergar a 03 cables de comunicación (Na =3). Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos, sin IGV, lo que corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación de la retribución mensual por arrendatario establecida, así como, los valores de retribución mensual por cada arrendatario, para cada una de las 4,321 estructuras de soporte eléctrico que ENEL arrienda a AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 97 de 109

4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.

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

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL. Señala que si bien la modificación de los valores "f" y "m" es reciente, el valor del número de arrendatarios ("Na") ha venido siendo calculado erróneamente con el valor de uno (1), cuando siempre debió realizarse en función al número potencial de arrendatarios, es decir, cuando menos tres (3).

Indica que dicha situación ha encarecido en gran medida y de manera indebida los costos operativos de la Red Dorsal, puesto que sólo con la aplicación errónea del valor del "Na", la contraprestación exigida ha resultado cuando menos tres veces mayor a la que debería haber sido cobrada por ENEL. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.

Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada⁶⁰; lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación de la Banda Ancha en el Perú, repercutiendo negativamente contra los objetivos planteados por el Estado Peruano a través de la Ley de Banda Ancha y afectando directamente las expectativas de crecimiento socioeconómico vinculadas a tales objetivos.

"Cláusula Undécima.- Eventos de Incumplimiento

(1) Constituyen eventos de incumplimiento de AZTECA:

(...)

(c) No paga oportunamente la retribución debida a EDELNOR.

(...)

Cláusula Duodécima.- Resolución del Contrato

(1) EDELNOR podrá resolver este Contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, en caso que:

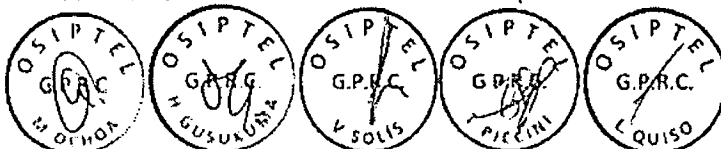
(a) Se produzca alguno de los eventos de incumplimiento contemplados en el numeral (1) de la Cláusula Undécima.


(b) Se produzca un Efecto Sustancialmente Adverso.

(c) (...)"

(subrayado agregado).

⁶⁰ Situación que podría devenir en la incapacidad de cumplir con sus obligaciones económicas y a la larga, incurrir en una causal de resolución del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 98 de 109

Plantea que en dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable de la Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que, de no hacerlo, será este último quien ordene el retiro de los cables.

Considera que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA PERÚ no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.

Asimismo, indica que la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que el OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.


Precisa que inclusive, en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica⁸¹, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA PERÚ continúe abonando una contraprestación que a todas luces excede el máximo precio permitido en el marco normativo vigente.

Es así como, considera que se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que el OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

Por lo expuesto, solicitan que el OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

⁸¹ Escenario que debe ser desechado de plano, en la medida que las proyecciones financieras desarrolladas por el propio Estado peruano al momento de concebir el proyecto de la Red Dorsal, no contemplaban costos operativos exorbitantes como los que viene asumiendo su Concesionaria, debido principalmente al incumplimiento del precio tope regulatorio por compartición de infraestructura eléctrica, como es el caso de las contraprestaciones cuyos valores son indebidamente exigidas por ENEL.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 99 de 109

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

ENEL manifiesta que en el presente caso no existe peligro de continuidad en el uso compartido de su infraestructura. Señala además que reafirma su compromiso de mantener la relación de acceso y de no retirar los cables de fibra óptica.

Refiere que con carácter preliminar a la exposición de su posición legal, estima pertinente referirse a lo señalado por AZTECA PERÚ en su Solicitud sobre un posible riesgo de continuidad en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL. Ello se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

5.5.4. En dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA tiene la obligación de desmontar el cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que de no hacerlo, existe el riesgo de que el propio ENEL sea quien ordene el retiro de los cables.

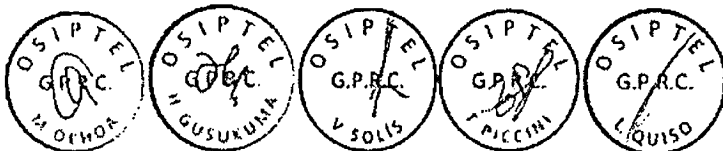
5.5.5. De este modo, el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.


5.5.6. Ciertamente, la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.

5.5.8. Es así como, AZTECA se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

5.5.9. De ese modo, solicitamos que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

Señala que como se puede apreciar, AZTECA PERÚ sostiene que existe un riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura de ENEL, lo cual perjudicaría la operación de la Red Dorsal y afectaría el interés público protegido por la normativa.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 100 de 109

Sobre el particular, señala formal y enfáticamente que: (i) ENEL no tiene intención alguna de resolver el Contrato con AZTECA PERÚ; (ii) ENEL no dispondrá el retiro de los cables, a menos que la autoridad competente lo exija expresamente y (iii) no existe riesgo alguno de suspensión en el uso compartido de su infraestructura eléctrica, en la medida que ENEL reafirma su compromiso de mantener la continuidad en dicho uso compartido. Todo ello en el marco de los temas planteados por AZTECA PERÚ en su Solicitud.

Considerando lo anterior, ENEL solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL pueda omitir en su análisis el supuesto e inexistente riesgo en la continuidad del uso compartido de su infraestructura, que ha sido alegado por AZTECA PERÚ en su Solicitud.

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


AZTECA PERÚ refiere que lo señalado por ENEL respecto de que no existe peligro en la continuidad del uso compartido de la infraestructura pues según ENEL: (i) no tiene intención alguna de resolver el Contrato de Compartición, (ii) no dispondrá el retiro de los cables de AZTECA PERÚ de sus postes o torres, y en ese mismo sentido, (iii) no suspenderá el uso compartido de su infraestructura eléctrica. Por lo mismo, ENEL alega que el Consejo Directivo del OSIPTEL puede omitir este aspecto de su ámbito de análisis.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, si bien acoge que ENEL se haya allanado en parte a su solicitud, considera que es importante que el Consejo Directivo tenga en cuenta que el peligro en la continuidad no sólo se refiere a lo mencionado por dicha empresa.

Manifiesta que no puede escapar al entendimiento del Consejo Directivo, que hay muchas formas de afectar el acceso, distintas a la resolución de un contrato, con lo cual, limitar el análisis a ese aspecto únicamente, como simplemente lo plantea ENEL, significaría no solo negar una realidad evidente, sino que OSIPTEL renuncie a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura, tarea que le corresponde en su condición de regulador de las telecomunicaciones y en particular, de supervisor de la Red Dorsal por expreso mandato de la Ley No. 29904 (la "Ley de Banda Ancha").

En efecto, indica que en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA PERÚ sólo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Refiere que justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 101 de 109

expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

Refiere en ese sentido, que estima que las condiciones económicas que se incluyeron en la Cláusula Cuarta y en el Anexo 1 del Contrato de Compartición (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a ENEL alrededor del triple de lo que el legislador ha considerado como óptimo para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y, por lo mismo, las finanzas del proyecto se han visto considerablemente afectadas. Manifiesta que ocurre pues que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.


El escenario antes descrito obedece exclusivamente a que ENEL viene exigiendo al operador de telecomunicaciones a cargo de la Red Dorsal, el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento. Por ello, mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de ENEL sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto de la Red Dorsal. Es por ello que AZTECA, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a ENEL la revisión de dichas condiciones, de modo que la contraprestación periódica sea ajustada de mutuo acuerdo, en exclusivo beneficio del proyecto y en aplicación el marco regulatorio que sustenta tal relación de compartición.

Indica además que ante la rotunda negativa de ENEL de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que siga pagando un monto que ya no puede solventar por excesivo (pues a todas luces excede el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ ha recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas- regulatorias, garantice que la infraestructura de ENEL podrá en adelante ser usada bajo condiciones que no terminen forzando a AZTECA PERÚ a descolgar la fibra óptica o devolver al Estado Peruano el proyecto, por no poder continuar haciendo frente a tales pagos excesivos e injustificados.

Como indica en su solicitud, es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de ENEL tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que "la idea central de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes"⁸²

⁸² JONES, Alison y SUFRIN, Brenda EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press. 2016, p. 387.



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 102 de 109

(énfasis agregado). Bajo este régimen: "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan a un fin de interés público de forma directa (...)" (énfasis agregado).

En ese sentido, manifiesta que si bien AZTECA PERÚ está obligada a pagar a la empresa eléctrica los costos incrementales que le genere la compartición de sus instalaciones esenciales, dicho pago no debe implicar en modo alguno una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, que no sólo comprende a AZTECA sino también a las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto. Considera que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y por tanto, negarse a adecuar el Contrato de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que se refiere pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Como se puede advertir, AZTECA PERÚ refiere que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Compartición o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres de ENEL por disposición de dicho concesionario eléctrico. Ciertamente, manifiesta que las condiciones económicas bajo las cuales ENEL pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.

Señala además que la continuidad en el uso de la infraestructura eléctrica compartida sólo puede entenderse garantizada si realmente se da bajo condiciones de eficiencia económica y, por lo menos, conforme a los principios que rigen el régimen general de acceso y uso de instalaciones esenciales⁸³. Manifiesta que el OSIPTEL no puede

⁸³ Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC, artículo 34.

'Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público.

La contraprestación a reinbir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.


2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión



	DOCUMENTO	Nº 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 109

obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de ENEL que a la larga inviabilizarán la sostenibilidad económica de la Red Dorsal, impidiendo la consecución de sus objetivos públicos y de interés nacional, como es la masificación y consolidación de la Banda Ancha a nivel nacional, como instrumento de generación de crecimiento social para los peruanos.

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3:1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

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


incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguiente principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización, mantenimiento de la infraestructura de uso público.
2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.
3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.
5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.
6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos.”(énfasis y subrayado agregados)



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 104 de 109

4.5 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ENEL.

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

AZTECA PERÚ señala que el artículo 17 de la Ley de Banda Ancha establece que es considerada como una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada. En ese orden de ideas, considera que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.

Manifiesta que en el caso en particular, ENEL ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado, que busca precisamente asegurar la protección del interés público y que el despliegue de la Red Dorsal no corra peligro. Por tanto, considera que la conducta de ENEL sería ilegal y sancionable por el OSIPTEL.

Asimismo, indica que de acuerdo con lo expuesto y en función a lo que se resuelva en razón a la presente solicitud de mandato, el OSIPTEL debería realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ENEL por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.


4.5.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada. Por su parte, el artículo 30.4 de la Ley N° 29904 establece que el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida.

Ahora bien, se debe señalar que frente a una supuesta infracción, corresponde al OSIPTEL el ejercicio de sus funciones supervisora y, en su caso, fiscalizadora. Debe tenerse presente que en el procedimiento de fiscalización el Consejo Directivo interviene como segunda y última instancia administrativa, por lo que no puede adelantar ninguna consideración respecto de lo señalado por AZTECA PERÚ sobre la presunta infracción cometida y la responsabilidad administrativa que correspondería asumir a el(los) presunto(s) infractor(es), a efectos de evitar cualquier transgresión al debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y CONENHUA en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 109

4.6 LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.

En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones consideradas en el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.


Al respecto, a través del Anexo 1 se propone modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta -Retribución- del referido contrato, y el numeral (1) del Anexo N° 1- Condiciones Económicas- de dicho contrato, a fin de establecer los valores de retribución mensual que deberá pagar AZTECA PERÚ como concepto de contraprestación por el uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ENEL, así como, algunas consideraciones para la aplicación de dicha contraprestación.

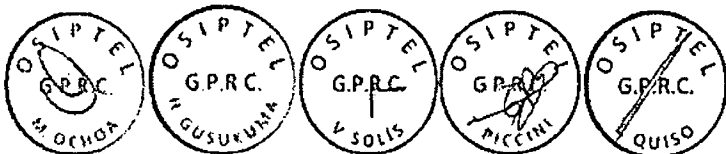
Adicionalmente, se propone eliminar el primer párrafo del Anexo No. 1- Condiciones Económicas- del referido contrato, a fin de ser consistente con la Ley N° 29904 y su Reglamento, y al haberse considerado en la modificatoria señalada en el párrafo anterior, las consideraciones necesarias para la aplicación de la contraprestación establecida.


5. CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura con ENEL que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015.

Atentamente,


 Lennin Quiso Córdova
 GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA (E)



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 109

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL

I.1 Modificar el numeral (1) del Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica

La contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL será calculada conforme a los valores unitarios (por poste o torre) mensuales que se presentan a continuación y que han sido determinados conforme al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y sus modificatorias:


№	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	TIPO DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	21,80
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1 POSTE DE CONCRETO (18/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	3,00
3	EMSU1P60C1	AT	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,70
4	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,46
5	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60
6	PPC35	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	0,10
7	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/245	0,11
8	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,15

Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, y determinados en función a la información remitida por ENEL, al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada poste de ENEL por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 107 de 109

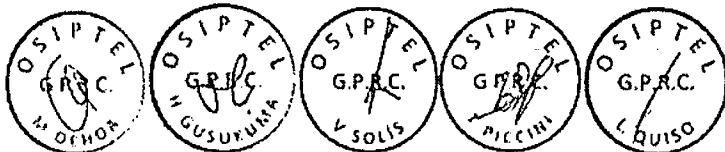
La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ENEL a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.


Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ENEL su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ENEL y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto.

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

De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ENEL, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida.

Ambas partes acuerdan que las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ENEL, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 108 de 109


postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales para las variables m, l, h y f definidas en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC."

I.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta- Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Por el acceso y uso de la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinada en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del presente contrato."

I.3 Eliminar el primer párrafo del Anexo No. 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015.



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

ANEXO 2

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA
INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL**

(En Disco Compacto)

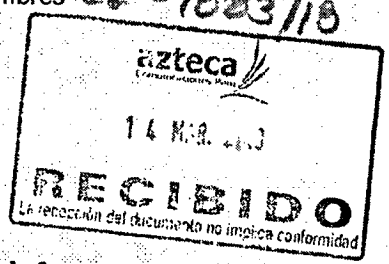


1-5

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres" **CI - 1883/18**
 "Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 13 de marzo de 2018

C. 00184-GCC/2018



Expediente : N° 00006-2017-CD-GPRC/MC
Materia : Solicitud de Mandato de Compartición de Infraestructura / Mandato Definitivo
Referencia : Resolución N° 063 -2018-CD/OSIPTTEL
Folios : 03
Administrados : Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. / Enel Distribución Perú S.A.A.

SEÑOR
ANDRE ROBILLIARD ESCOBAL
 GERENTE DE REGULACIÓN
 AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.
 Av. 28 de Julio 1011, Piso 5
 Miraflores.-


De nuestra consideración:

Me dirijo a usted con el fin de notificarle la resolución señalada en la referencia, la cual fue emitida por el Consejo Directivo del OSIPTTEL el 08/03/2018. Asimismo, conforme a lo indicado por la referida resolución se le notifica el Informe N° 00057-GPRC/2018 con sus anexos, contenidos en formato digital dentro de un disco compacto.

De igual manera y a fin de cumplir con las formalidades y requisitos legales señalados en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, **solicitamos llenar todos los datos del cuadro de recepción, a fin de validar el proceso de notificación.**

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


 Firmado digitalmente por: ZAJEC
 YELUSIC Magna Lenka
 (FAO20216072155)

MAGNA LENKA ZAJEC YELUSIC
 GERENTE DE COMUNICACION CORPORATIVA

Adj.: Resolución de Consejo Directivo y un (1) disco compacto, que contiene el Informe N° 00057-GPRC/2018 y sus anexos en formato digital.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL

KATY TORRES PECEROS DE STAEDTKE
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Reg. N° 15172 MAR 2018

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 063 -2018-CD/OSIPTEL

Lima, 08 de marzo de 2018.

MATERIA	: Mandato de Compartición de Infraestructura
ADMINISTRADOS	: Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.
EXPEDIENTE N°	: 00006-2017-CD-GPRC/MC

VISTOS:

- (i) La solicitud formulada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ), mediante comunicación recibida el 05 de octubre de 2017, para que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015; y,
- (ii) El Informe N° 00057-GPRC/2018 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se recomienda dictar el Mandato de Compartición de Infraestructura; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

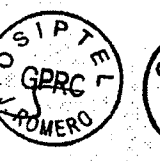
CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631, N° 28337 y N° 28964, establece que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) ejerce, entre otras, la función normativa que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, el artículo 3, numeral ii), de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la ubicación, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil;

Que, el artículo 13 de la Ley N° 29904 establece, entre otras medidas, que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha; a su vez, el artículo 32 de dicho cuerpo normativo determina que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del citado artículo 13 y de otras disposiciones vinculadas al acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos;

M



[Signature]
KATY TORRES PECELOS DE STAEDTKE
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Reg. N°..... Fecha: 12 MAR 2018

Que, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, establece, entre otras medidas, que una vez presentada la solicitud del operador de telecomunicaciones al concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos, requiriéndole el acceso y uso de su infraestructura, las partes tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura; no obstante, en caso de falta de acuerdo en el plazo señalado, el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, se aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, el Procedimiento);

Que, mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ presentó al OSIPTEL la solicitud referida en el numeral (i) de la sección VISTOS, la cual fue trasladada a ENEL y contestada por ésta mediante carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03 de noviembre de 2017;

Que, ambas partes han presentado la información que le ha sido solicitada por el OSIPTEL, así como información complementaria relacionada a la solicitud que es objeto del presente procedimiento, la cual ha sido puesta en conocimiento de la otra parte;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 152-2017-CD/OSIPTEL, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA PERÚ y ENEL, resolución que fue notificada a AZTECA PERÚ y ENEL, el 12 de diciembre de 2017;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL emitida el 11 de enero de 2018, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y ENEL, contenido en el Informe N° 00005-GPRC/2018; resolución que fue notificada a AZTECA PERÚ y ENEL, el 17 de enero de 2018, a efectos que remitiesen los comentarios que consideraban pertinentes en un plazo máximo de veinte (20) días calendario;

Que, AZTECA PERÚ y ENEL presentaron al OSIPTEL sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura dentro del plazo señalado en la Resolución de Consejo Directivo N° 00010-2018-CD/OSIPTEL;

Que, de conformidad con los antecedentes, análisis y conclusiones contenidos en el Informe N° 00057-GPRC/2018 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, esta instancia hace suyos los fundamentos ahí expuestos y, acorde con el artículo 6, numeral 6.2, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dicho informe constituye parte integrante de la presente resolución y de su motivación; por lo que corresponde dictar el Mandato de Compartición de Infraestructura solicitado por AZTECA PERÚ con ENEL, en los términos del informe antes referido;

M

KATY TORRES PÉCERO DE STAEDTKE
FEDATARIA
Organismo Supervisor de Inversión
Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Reg N° 12515 Fecha: 12 MAR 2018

De acuerdo a las funciones señaladas en el inciso p) del artículo 25° y en el inciso b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y estando a lo acordado en la Sesión 666 ;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; contenido en el Informe N° 00057-GPRC/2018.

Artículo 2.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Asimismo, se encarga a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para notificar la presente resolución y el Informe N° 00057-GPRC/2018, con sus anexos, a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; así como publicarlos en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: <http://www.osiptel.gob.pe>).


Artículo 3.- El Mandato de Compartición de Infraestructura que se dicta mediante la presente resolución entra en vigencia al día siguiente de su notificación.

Artículo 4.- El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Mandato de Compartición de Infraestructura que se dicta mediante la presente resolución, constituye infracción grave, de conformidad con lo establecido en el numeral 10 del cuadro de infracciones y sanciones, del artículo 62 del Reglamento de la Ley N° 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

Regístrese, comuníquese y publíquese,


RAFAEL EDUARDO MUELLE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo



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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 200

1. OBJETO.

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


2. ANTECEDENTES.

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

¹ Vigente desde julio del año 2012.


² Emitido en noviembre del año 2013.



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


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



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

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




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

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

3. CUESTIONES A RESOLVER.

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 200

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

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

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

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

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

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

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


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

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

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

25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la



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

obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.

25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al 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”.

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

- Contrato de compartición:


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

- Mandato de compartición:

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

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



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

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

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

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

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

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

4.1.3 Sujeción del Contrato a la Ley N° 29904.

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

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

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

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


³ Código Civil:

“Noción de contrato

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 200

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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 200

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

Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

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

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

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


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

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

⁸ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

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



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

respectivo¹⁰. En esa línea, consideran que el OSIPTEL reconoce que, en el marco de una relación contractual, también pueden presentarse escenarios de negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 200

"Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

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

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

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


"Estimados señores.

(...)

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 200

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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



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

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

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

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


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

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


"Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje

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



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

*Como se ha indicado, este procedimiento ha previsto la negociación y otorgado a la intervención de OSIPTEL un carácter subsidiario. (...)
Ahora bien, debe indicarse que el artículo 40° del TUO de las Normas de*

	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 19 de 200

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

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

Refiere que su demanda arbitral incluyó las siguientes pretensiones:

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 200

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 200

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 200

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 200

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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


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

¹⁹ Artículo 24.-Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

²⁰ Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN



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

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

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

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

Por ejemplo, en el caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Expediente No. 002-2014-CCO-ST/C1), a propósito de una controversia respecto a la posibilidad de redefinir la contraprestación pactada por el uso de infraestructura eléctrica el Tribunal de Solución de Controversias determinó que esta materia debía ser conocida únicamente por el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no el Cuerpo Colegiado:

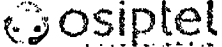
"46. Sin embargo, este órgano colegiado, discrepa del razonamiento de la primera instancia, en la medida que las pretensiones transcritas en el numeral 44 implican el ejercicio de la función normativa, por cuanto la modificación de la contraprestación que pretende Multivisión, generará o constituirá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

(...)

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

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



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

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

(...)

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 200

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

4.2.3.3 La pretensión de AZTECA PERÚ no es arbitrable.

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 31 de 200

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


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

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

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

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



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

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

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

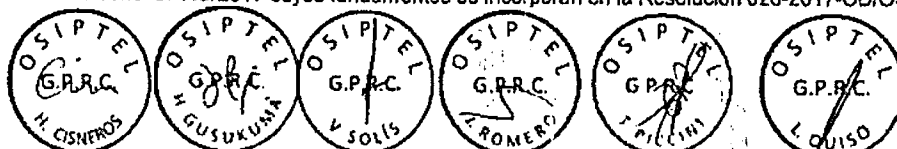
Por otro lado, indica que sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica.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


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

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

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

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



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

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

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

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

4.2.4 POSICIÓN DE ENEL (Escrito recibido el 29.12.2017):

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 34 de 200
	INFORME	

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

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

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

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

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

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

Carta DJ-1258/17


"Lima, 17 de agosto de 2017

Estimados señores

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

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



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

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

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

Carta DJ-1446/17

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

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


- Extractos de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ:

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

(...)

“1.10 En atención a la publicación de la Resolución Viceministerial, el 21 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a ENEL que adecuara las contraprestaciones que periódicamente venía exigiendo al monto que resultaba de la correcta aplicación de la Metodología, conforme a lo dispuesto por el MTC y a los criterios que OSIPTEL había establecido en sendos mandatos de compartición⁸. En ese sentido, AZTECA buscó que se precisara en el Contrato de Compartición



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

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

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

Carta DJ-1446/17

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 200

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

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

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

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

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


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

"Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos (...)"

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

²⁹ No conoce si dicho pronunciamiento ha sido apelado.



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

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

4.2.5 POSICIÓN DEL OSIPTTEL:

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

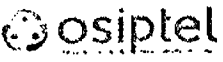
Bajo dicho contexto, la suscripción y vigencia del Contrato no limita a AZTECA PERÚ a requerir a ENEL durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones acordadas en el Contrato y, en su caso, a arribar al acuerdo complementario respectivo. Se debe mencionar que en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

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

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

³¹ Cfr. con el artículo 1351 del Código Civil.



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

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

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


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

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

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

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



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

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

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


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

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

Sin embargo, es necesario precisar que la función de solución de controversias no es la que corresponde ejercer al OSIPTTEL 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 OSIPTTEL 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 OSIPTTEL puede dictar reglas que, una vez vigentes, las partes deben aplicar para su respectiva relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


³² "Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa
La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas."

³³ "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa
72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo."

³⁴ "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa
72.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.(...)"

³⁵ "Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional
73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de



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

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

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

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

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

³⁶ Artículo 1. Objeto de la Ley

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


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

Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

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



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

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

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

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

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

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

4.2.6 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


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

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

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

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



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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 200

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

B. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN.

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


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

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

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

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



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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 200

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

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


C. SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE INICIADO POR ENEL.

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 200

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

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


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

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

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

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



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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 200

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

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

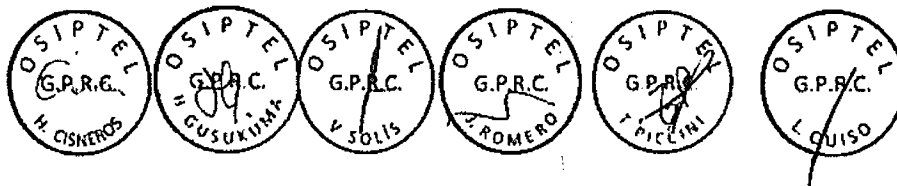
AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica que *"los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato"*. De ese modo, señala que las retribuciones mensuales que sean fijadas en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


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

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

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

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



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

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

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

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

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

OSIPTEL

CARGO 017 010 29

RECEBIDO	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="font-size: 8px;">N° 00057-GPRC/2018</td> <td style="font-size: 8px;">Fecha de emisión de la resolución</td> </tr> <tr> <td style="font-size: 8px;">06/02/2018</td> <td style="font-size: 8px;">Inprocedencia de solicitud de mandato de Azteca Comunicaciones</td> </tr> </table>	N° 00057-GPRC/2018	Fecha de emisión de la resolución	06/02/2018	Inprocedencia de solicitud de mandato de Azteca Comunicaciones
N° 00057-GPRC/2018	Fecha de emisión de la resolución				
06/02/2018	Inprocedencia de solicitud de mandato de Azteca Comunicaciones				

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

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, "ENEL"), en el procedimiento iniciado por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca") de emisión (incorrecta) de un mandato de uso compartido de infraestructura,

I. PETITORIO

Que el Consejo Directivo de OSIPTEL declare la **IMPROCEDENCIA** de la solicitud de Azteca.

ENEL ha realizado exposiciones ante el Consejo Directivo en relación a las razones de la improcedencia. En el presente escrito resumimos dichas razones y adjuntamos la Resolución 5-2015-OS//CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN (en adelante, el "Pronunciamiento OSINERGMIN") que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje. Como conoce el Consejo Directivo, la materia de este procedimiento se encuentra en discusión en un arbitraje ya iniciado.

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

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



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

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

(...)

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

(...)

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

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


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

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

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

⁴¹ Ver numeral 5.4 de la LPAG:



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

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

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

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

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


B. POSICIÓN LEGAL DE ENEL.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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


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

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



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

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



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 59 de 200
	INFORME	


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



 GRUPO SALINAS <small>DESDE 1904</small>	 azteca <small>COMUNICACIONES PERU</small>	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 613 0555 www.eldorsalnacional.pe
DJ-1258/17 Lima, 17 de agosto de 2017		
Estimados señores:		
<p>Es objeto de la presente referirnos al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica (el "Contrato de Compartición") suscrito según lo dispuesto en la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibras Ópticas, el 9 de noviembre de 2015 entre nuestra empresa y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca Perú"), en su calidad de operador de la "Red Dorsal Nacional de Fibras Ópticas", para solicitarles que se proceda a <u>ajustar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura, al precio máximo señalado en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley 29904, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC (el "Reglamento"), según las disposiciones establecidas para tales efectos por las autoridades del sector.</u></p> <p>Al respecto, el artículo 30 del Reglamento establece que el valor que se determine a través de la metodología prevista en el Anexo 1 de dicha norma constituye el precio máximo que debe cobrarse como contraprestación para retribuir económicamente el uso de infraestructuras de concesionarios de energía eléctrica. El Contrato de Compartición que hemos celebrado está sometido a lo dispuesto en esta norma y las demás <u>disposiciones legales aplicables a la compartición de infraestructura eléctrica, y el cumplimiento de estas reglas se encuentra sujeto a la verificación del OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 29904 y en el artículo 33 del Reglamento.</u></p>		

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

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





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

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

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

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



 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca Comunicaciones Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsalnational.pe
---	---	--

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 200

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

(...)

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 109

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 200

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

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

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

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

“Cláusula Décimo Sexta. - Resolución de Conflictos y Arbitraje


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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 200

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

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

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

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

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

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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


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

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

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

⁴⁸ No conocemos si dicho pronunciamiento ha sido apelado.




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 70 de 200

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

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

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

ENEL manifiesta que el Proyecto de Mandato establece lo siguiente:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 109

Asimismo, se debe tener en cuenta que cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en una ley o en mandato judicial expreso, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUG de la LPAG⁵⁰. Respecto de lo cual, se debe señalar los siguientes dos puntos:

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


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

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

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

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



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

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

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

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

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

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


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

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

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

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




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

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

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

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

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

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


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

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

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

⁵² Ver páginas 79 y 80 del Informe N° 00005-GPRC/2018.



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

principio de "No Discriminación", debido a que el Contrato coexistiría con otros acuerdos con valores de contraprestación menores a los valores inamovibles.

Asimismo, indica que la GPRC no ha considerado dos (2) aspectos fundamentales que restan sustento a su interpretación: i) el marco legal aplicable no la ha facultado a modificar los términos o importes fijados por las partes al amparo de un análisis de no discriminación, ya que con ello las partes estarían supeditadas siempre a una comparación discrecional respecto de los pactos que terceros pudieran realizar; y, ii) cuestionar los términos fijados por las partes en un contrato de compartición atenta contra el Principio de Seguridad Jurídica que rige en nuestro ordenamiento.

Señala que en efecto, si el OSIPTEL puede alterar cualquier relación de compartición previamente acordada por las partes y en cualquier momento, ¿cuál es entonces la utilidad de realizar negociaciones y celebrar contratos de compartición?


Además manifiesta que claramente el criterio de no discriminación fijado por el OSIPTEL desincentivaría el inicio de negociaciones previas y fomentaría la participación del Estado en las relaciones de compartición cuando ello podría evitarse, ya que las partes optarían por solicitar la emisión de un mandato antes de invertir recursos en negociar los términos contractuales que posteriormente podrán ser modificados a criterio del OSIPTEL.

4.2.6.3 COMENTARIOS DE ENEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito s/n recibido el 20.02.2018).

- **SOBRE EL INTENTO DE AZTECA DE APLICAR RETROACTIVAMENTE LOS EFECTOS DEL MANDATO A TRAVÉS DE UN MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**


ENEL manifiesta que en el hipotético caso que el OSIPTEL decida emitir un mandato de uso compartido a pesar de que existe un arbitraje en curso iniciado por ENEL, deberá tener en cuenta que AZTECA PERÚ ha dejado en evidencia que pretende realizar una indebida aplicación retroactiva del mandato que sería emitido por dicha entidad.

Refiere además que el Proyecto de Mandato establece claramente lo siguiente:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 109

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:
 Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.





	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 74 de 200
	INFORME	

Señala que la posición del OSIPTEL es que los efectos del posible mandato no pueden ser aplicados a situaciones previas a su emisión, y consecuentemente, aquellos efectos sólo pueden ser aplicados a futuro, a partir de su entrada en vigencia.

ENEL manifiesta que sin perjuicio de que está en desacuerdo con la emisión de un mandato en el presente caso, por los argumentos expuestos en anteriores escritos, lo señalado en este punto por la GPRC en el Proyecto de Mandato es correcto.

Indica que pretender que los efectos de un eventual mandato también apliquen a relaciones o situaciones anteriores a su emisión, implicaría una clara contravención al Principio de Seguridad Jurídica.


Asimismo, señala que es claro que un mandato no puede ser aplicado retroactivamente y aun cuando AZTECA PERÚ lo ha reconocido en el Escrito de AZTECA PERÚ, le llama poderosamente la atención el intento de dicha empresa de someter dicha cuestión a un mecanismo de solución de controversias:

 <p>GRUPO SALINAS DESDE 1906</p>	 <p>azteca Comunicaciones Perú</p>	<p>Av. 28 de Julio 1011 - Pto 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.redonsalnationalpe</p>
<p>12. Si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA y ENEL sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente.</p>		
<p>13. En efecto, si bien AZTECA entiende que los efectos del mandato de compensación no son retroactivos, es necesario que el Consejo Directivo reconozca que las partes tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias que puedan tener respecto a los montos ya facturados en otro fuero.</p>		



ENEL refiere que AZTECA PERÚ está de acuerdo en que un eventual mandato no puede ser aplicado retroactivamente por las partes, pero al mismo tiempo solicita que el Consejo Directivo reconozca por escrito que dicha empresa tiene derecho a discutir la aplicación retroactiva del mandato en el fuero de solución de controversias.

Señala además que no existe, pues, nada más contradictorio e incongruente que AZTECA PERÚ manifieste su aceptación a la irretroactividad del mandato, pero luego cambie completamente de discurso solicitando que se precise la posibilidad de cuestionar dicha irretroactividad en la vía de solución de controversias, dado su interés de aplicar las nuevas fórmulas a los montos ya facturados.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 75 de 200

Asimismo, ENEL manifiesta que le llama la atención que en su solicitud de emisión de mandato, AZTECA PERÚ requiera que la nueva Metodología sea aplicada automáticamente, es decir, que se aplique inclusive antes de la emisión del mandato con el pronunciamiento de OSIPTEL:

		Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.redorsal nacional.pe
<p style="text-align: right;">Solicitud de Mandato de Comparación</p> <p>5.4.3. En efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Comparación, prevía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definese en su aplicación OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos de OSIPTEL implican un <u>recálculo automático del precio tope</u>, al cual <u>necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA y ENEL.</u></p>		



También señala que la solicitud de AZTECA PERÚ en el presente procedimiento siempre pretendió que el Consejo Directivo se pronuncie absolutamente sobre todas las cuestiones relativas a la modificación de la retribución, incluyendo la oportunidad y el momento en el cual, a su criterio, deberían aplicarse los presuntos nuevos valores.

Manifiesta que desde un inicio la pretensión de AZTECA PERÚ ha sido que el Consejo Directivo se pronuncie sobre la viabilidad de la modificación de la retribución mensual y que declare expresamente que se debe realizar un "recálculo automático" en las facturas emitidas por ENEL a propósito de la relación contractual que tienen.

Siendo ello así, ENEL señala que le sorprende que AZTECA PERÚ ahora se rectifique y pretenda cambiar su discurso mantenido durante todo el procedimiento, al señalar que dicha materia ya no debe ser evaluada por el Consejo Directivo, sino que debe ser discutida por ambas empresas en el fuero de solución de controversias pactado en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica.

Manifiesta que con ello queda en evidencia el doble discurso de AZTECA PERÚ. Por un lado, desarrolla textos en los cuales explica por qué el Consejo Directivo tiene la facultad exclusiva para emitir un mandato. Ello se puede apreciar en diversos fragmentos de sus cartas anteriores, pero especialmente en el escrito de AZTECA PERÚ:




 DESDE 1906	 Compañía Nacional de Perú	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 6555 www.eddorsal nacional.pe
<p>2.6. Sobre este punto, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación¹, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del Interés público.</p> <p>2.7. Es importante tener en cuenta que el fin propio de OSIPTEL, encomendado en exclusiva a esta entidad, es resguardar el interés público protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal. Por tanto, en atención a su función normativa-regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.</p> <p>3.4. Al respecto, ciertamente no estamos ante una relación de derecho privado ínterfecta donde las partes tengan plena disposición respecto de la contraprestación máxima que AZTECA debe abonar a ENEL por la compartición de su infraestructura, puesto que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento fijan expresamente la existencia de un precio máximo en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, en el fuero arbitral no puede discutirse cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, pues en ello hay un interés público involucrado, que obedece a la naturaleza misma de la materia regulada (lope a la contraprestación por acceso) y debe ser cautelado por el Consejo Directivo del OSIPTEL, siendo por ello evidente que no se trata de una cuestión de derecho privado.</p>		

Adicionalmente, señala que AZTECA PERÚ respalda la competencia del Consejo Directivo para intervenir en la relación de uso compartido que tiene con ENEL y que pueda modificar la retribución pactada inicialmente. Todo ello al amparo de argumentos sobre resguardo de interés público, naturaleza de materia regulada y alegando que no se encuentra ante cuestiones que puedan ser discutidas por las empresas como si se tratara de relaciones de derecho privado.

Refiere además, que por otro lado, AZTECA PERÚ solicita contradictoriamente que el Consejo Directivo precise que "cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y ENEL sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente". Asimismo, manifiesta que evidentemente AZTECA PERÚ pretende dejar de lado el interés público y la alegada exclusiva competencia del Consejo Directivo para conseguir que otro tribunal decida que el mandato sea aplicado retroactivamente a fin de lograr de forma indebida un recálculo de las facturas ya emitidas por ENEL.

Señala que para ello, no sólo desde ya AZTECA PERÚ manifiesta entre líneas su disconformidad con la no aplicación retroactiva del hipotético mandato (a pesar de



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 200

sostener lo contrario en el Escrito), sino que además solicita que el Consejo Directivo lo reconozca por escrito.

Manifiesta que ello, evidencia que para aquellas cuestiones que son de conveniencia de AZTECA PERÚ, se fundamenta que sí existe un alto interés público que justifica la participación del Consejo Directivo en la relación de uso compartido, mientras que para las cuestiones que no le son favorables -como la irretroactividad del mandato- se fundamenta en que para ello las partes sí *"tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias"*.


Adicionalmente, señala que fue la propia AZTECA PERÚ quien ha venido rechazando cualquier tipo de sujeción a la vía arbitral, al amparo del *"alto interés público"*, de la naturaleza de *"precios máximos"*, de la inexistencia de una *"relación de derecho privado irrestricta"* y de la vital importancia de la Red Dorsal en nuestro país. Sin embargo, refiere que cuando el Proyecto de Mandato no le es favorable en el extremo de la irretroactividad, dicha empresa solicita que éste tema ya no lo resuelva el Consejo Directivo (como lo solicitó inicialmente), sino que pide por escrito que aquello sí sea de plena disposición entre las partes y que pueda ser libremente discutido en la vía de solución de controversias, que tanto viene rechazando desde un inicio.

ENEL manifiesta que resulta poco serio e incoherente solicitar al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL que incluya un texto como el que propone AZTECA PERÚ. En efecto, si AZTECA PERÚ pide al Consejo Directivo del OSIPTEL que modifique la retribución pactada entre las partes por ser un asunto de alto interés público, ¿por qué no sería de alto interés público que dicha autoridad decida sobre el momento de aplicación de su propio mandato? Es más, ¿por qué ordenar la irretroactividad de un mandato de compartición y de los nuevos valores de la Metodología no sería de alto interés público también?

Asimismo, considera que en el hipotético caso que el Consejo Directivo recoja la petición de AZTECA PERÚ y mencione por escrito que dicha cuestión puede ser materia del fuero de solución de controversias, la referida autoridad estará incurriendo en una flagrante contradicción.

Adicionalmente, refiere que corresponderá que se abstenga de emitir cualquier mandato de compartición hasta que el tribunal competente que viene evaluando su solicitud de Arbitraje resuelva todas y cada una de las cuestiones planteadas en el presente procedimiento; es decir, dicho tribunal sería competente para decidir si corresponde o no la modificación de la retribución pactada por ambas partes.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 200

4.2.6.4 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito Nº 5 recibido el 22.02.2018).

A. AZTECA SOLICITÓ LA VARIACIÓN DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PREVISTAS EN EL CONTRATO DE COMPARTICIÓN DANDO LUGAR A UNA RENEGOCIACIÓN CON ENEL.


AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL argumenta que su solicitud de emisión de mandato para que se modifique la retribución pactada debe ser declarada improcedente, básicamente porque, supuestamente, (i) no se habría cumplido con el requisito previo de plantear una negociación de los términos compartición y (ii) porque la pretensión de AZTECA PERÚ consistiría en solicitar el mero cumplimiento de determinadas disposiciones reglamentarias por parte de ENEL. Indica que a criterio de ENEL, no se cumpliría el elemento formal de haber mantenido una negociación por un periodo mínimo de treinta (30) días.

Refiere que en sus escritos presentados anteriormente, ENEL se ampara en formalismos, negando la realidad de los hechos y sus propios actos, al argumentar que, en tanto en las comunicaciones remitidas por AZTECA PERÚ no se utilizó expresamente el término "negociar", ambas empresas no se encontraban intercambiando comunicaciones que tenían como finalidad cambiar la contraprestación por el uso de la infraestructura de energía eléctrica. Lo cierto es que, más allá del léxico empleado en las diversas cartas cursadas, **es evidente que, de una simple lectura de dichas comunicaciones, se puede deducir fácil y claramente que la intención y finalidad de AZTECA PERÚ era que se varíen las condiciones económicas del Contrato de Compartición.**

Manifiesta que no le cabe duda que ENEL pretende confundir al OSIPTEL con juegos de palabras para que ignore el objetivo real de la solicitud de AZTECA PERÚ, con la esperanza que este formalismo evite la discusión de fondo, esto es, la necesaria modificación del pago excesivo que vienen recibiendo por el uso de infraestructura (que a la larga estaría subsidiando sus instalaciones, distorsionando totalmente la finalidad de dicha retribución). Asimismo, señala que AZTECA PERÚ ha sido claro al manifestar que no desea seguir pagando el monto que se encuentra consignado en el contrato de compartición a modo de contraprestación a favor de ENEL y que busca que dicho valor y los términos contractuales referidos a su aplicación y vigencia sean "ajustados", "adecuados", "cambiados" o cualquier otro sinónimo que pueda emplearse. Refiere que **la intención de que se modifiquen ciertos términos que rigen la relación contractual es indiscutible.**

Adicionalmente, señala que cuando AZTECA PERÚ solicitó en sus comunicaciones que se *"adecúe la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica según el marco normativo vigente"*, busca que la contraprestación fijada contractualmente cambie, se modifique, para que coincida con el precio máximo a que se refiere el Reglamento. Señala que de modo alguno puede alegarse que estas comunicaciones buscaban trasladar simplemente una opinión o información o que constituirían meros requerimientos para que ENEL cumpliera con la normativa, y que no tenían como



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018 Página: 79 de 200
	INFORME	

finalidad causar un cambio en la relación que mantienen ambas empresas, dado que existe un planteamiento expreso de AZTECA PERÚ para que ENEL acceda a modificar la contraprestación. Refiere además que sería absurdo no valorar las comunicaciones de AZTECA PERÚ debido a que no se incluyó la palabra "negociación" en su contenido.

Indica que en el Proyecto de Mandato se reconoció que AZTECA PERÚ solicitó que se reduzca la contraprestación mensual por uso compartido de infraestructura, lo cual dio inicio a una etapa de negociación con ENEL para la modificación de las condiciones económicas del Contrato de Compartición, lo que queda claro, con independencia del texto literal de la solicitud. Así, el período de negociación entre las dos partes se inició cuando AZTECA PERÚ solicitó una modificación en la retribución pactada inicialmente, con independencia de que no se haya utilizado expresamente la palabra "negociar" en las comunicaciones que cursó con ENEL.

Además de ello, expresa que se debe tener en cuenta que AZTECA PERÚ reiteró en todas sus comunicaciones que dejaba a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL para que determine cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura a través de la emisión de un mandato. Señala que dicha situación hace aún más evidente, pues AZTECA PERÚ se encontraba negociando un cambio en el Contrato de Compartición y que en todo momento advirtió a ENEL que, de no arribar a un acuerdo, solicitaría la intervención del Consejo Directivo.


Menciona que la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ cumple con el requisito de haber tenido una (re)negociación por un plazo de treinta (30) días, en la que no se arribó a algún acuerdo respecto de la modificación de las condiciones económicas, antes de acudir al Consejo Directivo. Por ello, manifiesta que corresponde desestimar la argumentación de ENEL en este extremo.

B. EL CONSEJO DIRECTIVO ES COMPETENTE PARA MODIFICAR LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PACTADAS A TRAVÉS DE UN MANDATO.

AZTECA PERÚ señala que a criterio de ENEL, la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre compartición de infraestructura únicamente señalan que el Consejo Directivo es competente para emitir un mandato cuando las partes no han podido arribar a un acuerdo al momento de la suscripción de un Contrato de Compartición, es decir, sólo al inicio de la relación de acceso, más no una vez que ella ha sido entablada. Por ello, señala que ENEL erradamente considera que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que regirse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. Por ello, creerían que un pronunciamiento del Consejo Directivo sobre su solicitud del mandato vulneraría el principio de legalidad al suponer un ejercicio indebido de su función normativa.

Además de ello, señala que no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición en este caso, como



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 200

equivocadamente sostiene la contraparte. Señala que corresponde recordarle a ENEL en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo de OSIPTEL, en lo que se refiere a su competencia para dictar mandatos. Ello, a efectos de que quede claramente demostrado que un pronunciamiento respecto de su solicitud de mandato de compartición de ningún modo constituye una actuación fuera de las atribuciones del Consejo Directivo ni una vulneración al principio de legalidad, como falsamente quiere aparentar ENEL.

Señala que como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la "Ley de Organismos Reguladores"), la función normativa "comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios" (énfasis y subrayado agregado). Indica precisamente que la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como 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.** Señala además, que la función normativa del OSIPTEL⁵³ es ejercida por su Consejo Directivo⁵⁴ y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

Manifiesta que, en cuanto al despliegue y operación de la Red Dorsal, el artículo 32 de la Ley de Banda Ancha establece que el 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, como se observa a continuación:

LEY DE BANDA ANCHA
"Artículo 32. Supervisión"

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente

⁵³ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 23.-Definición de Función Normativa

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

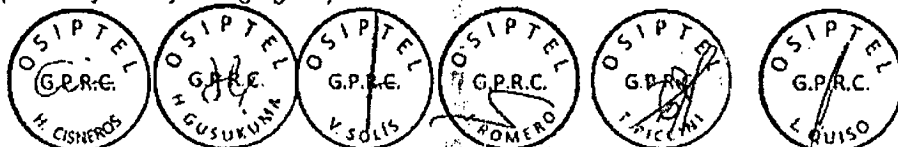
Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios. (Énfasis y subrayado agregado)


⁵⁴ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.

(Énfasis y subrayado agregado)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 81 de 200

norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30."

"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley. (...)"


Asimismo, señala que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso compartido de infraestructura. Indica que esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado ENEL. Por el contrario, es claro que la atribución permite el dictado de mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

Refiere que lo que pretende ENEL es hacer creer que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentra regulada en el artículo 25 del Reglamento, lo cual es totalmente falso. Señala que la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Así, ENEL se equivoca cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias del OSIPTEL y establece límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, pues estaría interpretando que prima el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

Además manifiesta que a diferencia de lo que ENEL alega en sus escritos, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha. Por ello, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente a dichas leyes y no entenderse como una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. Indica que la atención de su solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituye un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y, menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución del OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

Adicionalmente, señala que el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las **condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura** y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 200

para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes⁵⁵. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, claramente el artículo 25.3 del Reglamento no limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato de Compartición, sino también cuando no exista un acuerdo sobre alguna condición que tenga repercusión en el uso compartido de la infraestructura, como es la contraprestación.

Refiere que, cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.


Indica que se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto, el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en la que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

Refiere además que sobre este punto, ENEL alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la Red Dorsal no habilita al OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y modificar el Contrato de Compartición. Sin embargo, como se ha demostrado, la normativa vigente es la que otorga facultades expresas al Consejo Directivo para emitir mandatos en el ámbito de su competencia, entre lo que se encuentra asegurar el cumplimiento de la legislación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, sin que existan restricciones de ningún tipo, menos de un límite temporal.

Manifiesta el hecho que el OSIPTEL también tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público; únicamente refuerza que el Consejo Directivo sea competente para emitir un mandato en este caso, pues a través del pronunciamiento también se asegurará que continúen las operaciones de la Red Dorsal de manera ininterrumpida.

⁵⁵ Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en sus escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos su ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "regulación escalonada", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo mayor, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 83 de 200

Señala que nuevamente ENEL desvía la discusión de lo central, pues no es que el OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. Indica que de ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada; así como añade que la elección que tiene que realizar el Consejo Directivo está entre emitir o no un mandato legal en una relación jurídica sujeta a regulación de precio máximo.

Refiere que la oportunidad para que se emita un mandato vinculado a asegurar el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones estará siempre que las partes no acuerden algún aspecto sobre la relación de compartición, sea para la suscripción del contrato o durante su ejecución, a fin de que pueda cumplirse efectivamente con la protección del interés público. En tal sentido, a diferencia de lo que argumenta ENEL, en estricto cumplimiento de su función normativa y de su competencia para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, el Consejo Directivo se encuentra facultado para dictar un mandato y modificar las condiciones económicas ante la evidente falta de acuerdo entre las partes respecto de un tema regulado (la contraprestación por el uso compartido de infraestructura).


Además, manifiesta que lo desarrollado en el presente acápite ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo⁵⁶, como ha sido ampliamente explicado en sus anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA PERÚ sobre las competencias del OSIPTEL para la emisión de mandatos. Por el contrario, la facultad del Consejo Directivo para modificar condiciones económicas pactadas inicialmente ya ha sido reconocido, teniendo esos pronunciamientos absoluta validez por estar acordes con el marco normativo.

También manifiesta que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁵⁷. Sin embargo, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

⁵⁶ Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

⁵⁷ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 84 de 200
	INFORME	


Adicionalmente, señala que el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas. Además, señala que se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).

Precisa que se debe recordar que en el presente caso lo que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura, pues la retribución mensual fijada en el Contrato de Compartición no respetaba el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, el señala que el desacuerdo de la renegociación obedece a que ENEL se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, exigir el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal. Esta situación manifiesta que le resulta insólita, pues ENEL, quien alega erróneamente y sin motivo una vulneración al principio de legalidad en este caso para la emisión del mandato, es quien vulnera la normativa vigente al exigir una contraprestación mucho mayor al máximo permitido.

Además señala que en el ejercicio de la función normativa, es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura. Manifiesta que ha quedado demostrado que el Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 85 de 200

C. SOBRE LA DIFERENCIA CON LA NORMATIVA VINCULADA A LA EMISIÓN DE MANDATOS DE INTERCONEXIÓN.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL resaltó que, a diferencia de lo que prevé la normativa vinculada a la emisión de mandatos de interconexión, donde expresamente se contempla un procedimiento para renegociar condiciones pactadas en los contratos, la normativa referida a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura eléctrica únicamente contempla este supuesto para cuando no exista un contrato que vincule a las partes. Por ello, a su errado criterio, en tanto la norma de compartición de infraestructura no señala expresamente que se emitirán mandatos ante una renegociación como la norma de interconexión, el Consejo Directivo no podría dictar un mandato en el presente caso.

Refiere que como ya ha sido señalado anteriormente, **la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no se encuentra restringida para que sea ejercida con un límite temporal, por lo que no sólo se circunscribe para garantizar un acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia en la infraestructura.** Ello, atendiendo lo establecido en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha, así como también considerando que el OSIPTEL debe garantizar la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.


Además, señala el OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo"*⁵⁸. En esa línea, en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Manifiesta que la diferencia normativa a que se refiere ENEL no implica de forma alguna que el Consejo Directivo del OSIPTEL no cuente con facultades para la emisión de un mandato de compartición en el presente caso. Señala además que el Consejo Directivo ya cuenta con la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha que lo habilitan de manera expresa para emitir mandatos en materia de acceso y de uso de infraestructura compartida sin límite temporal.

Asimismo, señala que sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica.

⁵⁸ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 86 de 200

Indica que no puede compararse el desarrollo normativo de varios años de la interconexión con el reciente marco legal de la Red Dorsal.

Además, señala que su situación se parece más a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Refiere que tanto en esos casos como en éste, **un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura.**


Manifiesta que la interconexión, si bien contempla a empresas de distinto tamaño (red pequeña busca interconectarse a otra más grande), es más "pareja" en cuanto se interconectan infraestructuras similares, redes de telecomunicaciones, y en donde ambas empresas conocen las características técnicas y regulaciones propias de su sector. Mientras que, en este caso, estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.

Señala que no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de información), negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de fibra óptica procuren negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

AZTECA PERÚ refiere que no maneja dicha información y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la "colaboración" de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en sus primeras cartas solo plantea a ENEL cómo considerábamos debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *"nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos"*. Es pues evidente que si AZTECA PERÚ tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. ENEL en ningún momento accedió a proveerle de dicha información, abusando de su posición dominante.

Menciona que si bien ENEL niega en su escrito que exista asimetría información con AZTECA PERÚ, ha quedado claramente demostrado que, como empresa eléctrica,



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 87 de 200

propietaria de sus torres y/o postes, es quien cuenta con la totalidad de información (características de sus torres y/o postes, reales costos por el mantenimiento y operación de la infraestructura). Así, señala que AZTECA PERÚ es un operador de telecomunicaciones que no cuenta con información de una empresa distinta a la suya, y menos aún de una empresa de un giro totalmente diferente (sector eléctrico) y que, por su naturaleza, cuenta con infraestructura con características técnicas particulares.

AZTECA PERÚ considera que en este caso se requiere mayor protección aún (si cabe la expresión), que en el caso de la interconexión. Por tanto, manifiesta que la **diferencia normativa no solo es impertinente en este contexto, sino que más bien corresponde considerar lo inverso, que su situación merece mayor tutela que una vinculada a interconexión de redes de telecomunicaciones, por la diferente naturaleza de la relación que existe entre las empresas (mayor asimetría informativa), semejante a los casos de acceso a infraestructura de transporte e incluso de protección al consumidor.**

D. EL CONSEJO DIRECTIVO NO SE ENCUENTRA IMPEDIDO DE EMITIR UN MANDATO EN EL PRESENTE CASO.


AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL alega que el Consejo Directivo se encuentra impedido de conocer el presente procedimiento y emitir un mandato de compartición, toda vez que la controversia respecto de la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar por uso compartido de su infraestructura eléctrica viene siendo discutida ante un Tribunal Arbitral. Indica que, a criterio de ENEL, el Consejo Directivo debe inhibirse de atender la solicitud de mandato de compartición de AZTECA PERÚ.

Asimismo, señala que ENEL asume equivocadamente que basta la existencia de un proceso arbitral para que una entidad de la Administración Pública deba abstenerse de ejercer su competencia. Indica que a su errado criterio, **en tanto presentaron una petición arbitral de manera posterior a que fueran notificados con su solicitud de mandato**⁵⁹, automáticamente este suceso generó una prohibición para el Consejo Directivo de seguir conociendo su solicitud de mandato de compartición, impidiéndole que ejerza su competencia primaria para emitir un mandato que fije las condiciones económicas entre dos partes que no llegaron a un acuerdo luego de una renegociación.

Refiere además, que no existe alguna norma que disponga de manera general y absoluta que cualquier autoridad debe inhibirse por la sola existencia de una causa pendiente ante el fuero arbitral, incluso cuando ha sido iniciada con posterioridad. Indica que sostener dicha afirmación generaría que carezca de sentido que las entidades de la Administración Pública sean competentes para resolver controversias entre las mismas partes, más aún cuando son materia regulatoria de exclusiva competencia de la administración.

⁵⁹ ENEL presentó la petición arbitral el 20 de octubre de 2017, 4 días luego que fuera notificado con su solicitud de mandato (el 16 de octubre de 2017).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 88 de 200

Menciona que aceptar una interpretación como la que sostiene ENEL generaría incentivos perversos para que se impida la actividad de la Administración Pública cuando el administrado tema que la decisión de la autoridad no le va a ser favorable. Señala que nada más fácil para una empresa que busque neutralizar a una entidad administrativa que recurrir a la presentación de demandas ante el Poder Judicial o peticiones arbitrales con el único propósito de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia de las autoridades administrativas, como OSIPTEL en este caso, impidiendo la emisión de un pronunciamiento administrativo, ganando tiempo con la aplicación de estrategias procesales y entorpeciendo la resolución de una controversia.

Además, resalta que el ordenamiento jurídico no puede encubrir la mala fe procesal, en donde la sola presentación de una petición arbitral sea suficiente para que una autoridad administrativa no ejerza su competencia. Señala que, en todo procedimiento debe garantizarse la buena fe procedimental⁶⁰, por el que no pueden ampararse solicitudes, planteamientos o recursos que evidencien una mala fe procesal. En esa línea, refiere que constituyen parte de los deberes de los administrados abstenerse de solicitar actuaciones meramente dilatorias o afectar de cualquier modo el principio de conducta procedimental⁶¹. Indica que ENEL debe cumplir con guardar la buena fe procedimental y evitar amedrentar al Consejo Directivo para que no ejerza sus competencias, en atención a un procedimiento arbitral iniciado sólo con el fin de obstaculizar un pronunciamiento de la autoridad administrativa.

AZTECA PERÚ advierte que se emitieron normas que regulan la actuación de las entidades de la Administración Pública, como la Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma señala expresamente: (i) los supuestos en los que la autoridad administrativa debe inhibirse de ejercer su competencia; y, (ii) las premisas que deben identificarse para determinar si es que existe un conflicto con la función jurisdiccional y, en atención a esta situación, la autoridad administrativa se inhiba de seguir conociendo un procedimiento.

⁶⁰ TUO LPAG, Título Preliminar

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los participantes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental" (énfasis agregado)


⁶¹ TUOLPAG, Artículo 65

"Artículo 65.-Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participan en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental" (énfasis agregado)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 89 de 200

Señala también que la inhibición del ejercicio de las competencias de una autoridad administrativa requiere de un sólido fundamento, debido a que la actividad administrativa es una actividad primaria de posición preferente para la resolución de las causas y materias que les han sido atribuidas, siendo la actividad jurisdiccional secundaria y excepcional. Manifiesta que, a nivel doctrinario, ROCCO señala que *“la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva.”*⁶²

Igualmente refiere que, MORON URBINA desarrolla que, de manera excepcional, cuando pueda surgir alguna interferencia en los pronunciamientos del Estado (autoridades administrativas y jurisdiccionales), con el fin de resguardar la unidad de las decisiones, es que la resolución por vía administrativa dejará de tener una posición preferente, como se anota a continuación:

*“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...). Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias, mediante la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia).”*⁶³

Manifiesta que el Consejo Directivo es quien tiene la competencia primaria para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas luego de una renegociación infructuosa a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, dicho órgano sólo podrá inhibirse de ejercer su competencia cuando verifique el cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 73 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (el “TUO LPAG”). Indica además que existe una obligación directa de que los órganos administrativos ejerzan la competencia que les fue atribuida⁶⁴, por lo que constituye una excepción que se aparten de una controversia para la que se encuentran facultados de conocer y, por ende, la inhibición debe encontrarse sustentada en la normativa vigente.

⁶² ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol I, p. 81


⁶³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344

⁶⁴ TUO LPAG, Artículo 74

“Artículo 74.-Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley. (...)” (énfasis agregado)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 200

Refiere que en el presente caso, ENEL exige que el Consejo Directivo se inhiba de conocer su solicitud de mandato de compartición sin ninguna fundamentación. Indica también que ENEL no ha señalado que exista alguna ley ni ha presentado algún mandato judicial que expresamente ordene a OSIPTEL que no ejerza su competencia en este caso en particular, los cuales constituyen los únicos supuestos por los que podría exigirle al Consejo Directivo que se inhiba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 del TUO LPAG.

"Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

(...)

72.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia."

Adicionalmente, señala que si bien ENEL alegó que las "leyes" por las que estaría exigiendo al Consejo Directivo que no ejerza su competencia son el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 y el artículo 108 del Reglamento General de OSIPTEL, refiere que es evidente que ninguna de estas normas establece que el OSIPTEL se encuentre en la obligación de inhibirse y no ejercer su función normativa en este caso.

Manifiesta que en los numerales precedentes de su escrito, el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 únicamente señala que *"el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia"*⁶⁵, sin que ello implique que cualquier proceso arbitral que se inicie generará que no se pueda resolver en vía administrativa cualquier materia entre las mismas partes (con independencia de si está vinculada o no). De otro lado, refiere que está frente a un caso en el que el Consejo Directivo tiene la competencia primaria para emitir pronunciamiento, y para lo cual no requiere que exista un pronunciamiento previo del Poder Judicial, por lo que tampoco se encuentra en el supuesto regulado en el artículo 108 del Reglamento General de OSIPTEL. Por ello, indica que corresponde desestimar lo alegado por ENEL en este extremo.

Manifiesta que lo que corresponde cuando una parte, como ENEL, se opone a que la autoridad ejerza su función administrativa alegando que existe un arbitraje pendiente, es que el órgano administrativo defina si existe un conflicto con la función jurisdiccional, conforme a lo previsto en el artículo 73 del TUO LPAG.

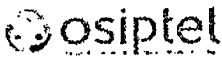
Señala que tampoco se advierte que exista un conflicto con la función jurisdiccional en este caso. Menciona que dicho escenario, distinto del presente, es aquel en el que la

⁶⁵ DECRETO LEGISLATIVO 1071

"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales." (énfasis agregado)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 91 de 200

autoridad administrativa, de oficio, decide inhibirse de continuar con la tramitación de un procedimiento administrativo ante la motivada existencia de un proceso jurisdiccional que versa sobre una misma materia y cuya decisión es indispensable para que pueda emitirse un pronunciamiento administrativo.

Considera que se debe tener presente que, el artículo 73 del TUO LPAG⁶⁶, establece los siguientes requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, lo cual también ha sido reconocido en el Informe Jurídico No. 009-2013-JUS/DGDOJ del Ministerio de Justicia⁶⁷:

- i. Que exista una cuestión contenciosa entre dos particulares;
- ii. **Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado;**
- iii. Que objetivamente sea **necesario obtener un pronunciamiento judicial previo para poder resolver la cuestión;** y
- iv. Que exista **identidad de sujetos, hechos y fundamentos.**

Manifiesta que, si bien puede existir una controversia planteada por ENEL ante un Tribunal Arbitral durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, no se encuentra ante una **relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición**. Señala que en efecto, cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, es un tema que se encuentra regulado en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, sobre la cuál las partes no pueden pactar en contra ni el fuero arbitral puede decidir no aplicarlas.

Refiere que inclusive, en línea con lo anterior, es importante recordar que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente⁶⁸. En este caso, señala que la

⁶⁶ TUO LPAG, Artículo 73

"Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.


73.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso." (énfasis agregado)

⁶⁷ Ver la Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, sobre la aplicación de la Ley No. 27444, pág. 89 y 90. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf> (Visitado el 24 de enero de 2018)

⁶⁸ Decreto Legislativo No. 1071. Decreto legislativo que norma el arbitraje



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 92 de 200

contraprestación por el uso de infraestructura limita la libertad contractual de las partes, pues siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En ese orden de ideas, indica que corresponde resaltar que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer. Por tanto, si AZTECA PERÚ y ENEL no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, OSIPTEL (y no un Tribunal Arbitral) debe intervenir a efectos de regular dicha condición.

Asimismo, menciona que no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto de la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado por AZTECA PERÚ. Señala que precisamente, para ejercer su función normativa y modificar las condiciones económicas de un Contrato de Compartición a través de un mandato, el Consejo Directivo únicamente requiere aplicar lo dispuesto en la normativa vigente, esto es, la fórmula de la Metodología que determina el precio máximo (para lo cual no necesita haber revisado previamente un laudo). Además, indica que el Consejo Directivo no necesita que un Tribunal Arbitral le indique cómo debe ejercer su competencia ni que determine cuáles son los valores de las variables de la Metodología (incluso distintos a los establecidos en el Reglamento).

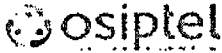
Refiere que en atención a las consideraciones antes señaladas, es el Tribunal Arbitral quien debería abstenerse de conocer el caso en tanto que, para atender las pretensiones de ENEL, dicho tribunal requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor "Na". En efecto, indica que siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública, bajo competencia directa y primaria del OSIPTEL, mal haría el Tribunal Arbitral en avocarse en esta materia.

Indica además, que no existe un avocamiento indebido por parte del Consejo Directivo ni una transgresión a lo estipulado en el artículo 139 de la Constitución y, en consecuencia, el OSIPTEL no se encuentra interfiriendo con la función jurisdiccional como lo alegó ENEL. Manifiesta que no existe una ley o mandato judicial que ordena la inhibición del Consejo Directivo, ni tampoco se ha podido evidenciar que exista en este caso un conflicto con la función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 72 y 73 del TUO LPAG.

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral."



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 200

Asimismo, refiere que la emisión de un mandato en el presente caso por el Consejo Directivo no constituye un ejercicio ilegal de su competencia, por el contrario en observancia de sus atribuciones debe modificar la contraprestación pactada que rige la relación de compartición de ENEL y AZTECA, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará bajo condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.

E. LA RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO DE OSINERGMIN NO CONSTITUYE UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA EL CONSEJO DIRECTIVO.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL solicita al Consejo Directivo que suspenda el procedimiento de emisión de mandato dado que existe un procedimiento arbitral iniciado, por lo que existe el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia. Señala que ENEL argumenta que el OSIPTEL no habría tomado en cuenta un supuesto precedente de OSINERGMIN (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 005-2015-OS/CC-95) que impediría que el Consejo Directivo conozca del presente procedimiento. Indica que a criterio de ENEL, a través de dicho pronunciamiento se deja establecido que si el arbitraje ha sido iniciado, la autoridad administrativa deberá evitar el conocimiento de la materia controvertida, al haberse reconocido la primacía de la función arbitral sobre otros terceros que pretendan avocarse las mismas materias sometidas a dicho proceso.

Además, indica que si bien AZTECA PERÚ reconoce la existencia de precedentes administrativos que deben ser observados por las autoridades, como ha sido recogido en el TUO LPAG⁶⁹, para que un pronunciamiento pueda ser considerado como un precedente de observancia obligatoria debe cumplir con los elementos detallados a continuación. Ello, en tanto el precedente administrativo constituye fuente del procedimiento administrativo y consiste en aquella calidad que adquieren los actos administrativos de carácter resolutivos y firmes que concluyen casos concretos, pero que contienen interpretaciones jurídicas de proyección general, sobre el sentido de algunas normas.

⁶⁹ Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)


2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

*Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las restas establecidas en la presente norma.

(...)" (Énfasis propio)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 94 de 200
	INFORME	

- Tiene que ser emitido por un tribunal o consejo administrativo regido por legislación especial.
- Debe ser un acto administrativo de carácter resolutivo que contenga interpretaciones normativas de carácter general, en un caso concreto, con lo cual, cabe enfatizar que estos actos se emiten, en cualquier caso, en ejercicio de potestades resolutorias otorgadas al tribunal o consejo administrativo.
- Debe ser "debidamente publicado". Señala que, de una interpretación sistemática de los artículos 23.1.1⁷⁰ y 20.1.3⁷¹ del TUO LPAG, al tratarse de actos administrativos que contienen criterios interpretativos con alcance general interesan a un número indeterminado de administrados y deben ser publicados en la vía principal, es decir, en el Diario Oficial "El Peruano".

Manifiesta que en el presente caso, observa que los requisitos para que se cumpla la calidad de precedente de la Resolución del OSINERGMIN no se cumplen. En primer lugar, el pronunciamiento remitido por OSINERGMIN ha sido emitido por un Cuerpo Colegiado y no por el Tribunal de Solución de Controversias. Asimismo, refiere que ENEL no ha acreditado que se encuentre frente a una resolución firme, pues no ha probado que dicha resolución no haya sido apelada. Finalmente, la mencionada resolución o el supuesto "precedente" no ha sido publicado en el Diario Oficial "El Peruano".

Adicionalmente, señala que se encuentra en un procedimiento de solicitud de mandato ante el Consejo Directivo quien, en ejercicio de su exclusiva **función normativa**, se encuentra facultado para modificar el Contrato de Compartición ante la renegociación infructuosa entre AZTECA PERÚ y ENEL, respecto de las condiciones económicas. Señala además, que se encuentra en una situación en la que el Consejo Directivo tiene competencia primaria siendo la única entidad competente para modificar el Contrato de Compartición, no siendo por tanto, competencia del Tribunal Arbitral cambiar y fijar nuevas condiciones económicas entre las partes.

Señala que en el pronunciamiento de OSINERGMIN presentado por ENEL, el Cuerpo Colegiado se encontraba en ejercicio de su **función de solución de controversias**, la

⁷⁰ "Artículo 23- Régimen de publicación de actos administrativos

23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.1 En vía principal, tratándose de disposiciones de alcance general o aquellos actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido".

⁷¹ "Artículo 20. Modalidades de notificación


20.1 Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

20.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado."

20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley".



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 200

cual podría coincidir con alguna materia que también pueda discutirse en un fuero arbitral. Sin embargo, en el presente caso, indica que no se encuentra frente a una controversia vinculada a la interpretación de alguna cláusula contractual, ni sobre alguna materia respecto de la cual las partes tenga libre disposición para que pueda ser resuelta por un Tribunal Arbitral. Por tanto, refiere que aún en el negado supuesto que se tratara de un precedente de observancia obligatoria, no sería de aplicación al presente caso, por referirse a un escenario distinto del que se les convoca en este procedimiento. Es por ello que solicita al Consejo Directivo, no dejarse confundir por las engañosas e incorrectas argumentaciones de ENEL, que sólo buscan distraer la atención y dilatar la inevitable conclusión que corresponde en este caso, esto es, que el Consejo Directivo puede y debe emitir un mandato, ante la solicitud de AZTECA PERÚ, como lo ha sustentado suficientemente en este procedimiento.

Expresa que, corresponde desestimar la argumentación presentada por ENEL en este extremo, toda vez que el Consejo Directivo no se encuentra obligado a observar el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado de OSINERGMIN (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 005-2015-OS/CC-95), así como tampoco se encuentra en un caso similar al resuelto en dicha resolución, debido a que AZTECA PERÚ ha solicitado la modificación de la contraprestación inicialmente pactada por el uso compartido de infraestructura de ENEL.


F. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL INICIADO POR ENEL.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL señaló que corresponde que la discrepancia con su representada sea resuelta en el fuero arbitral debido a que en el Contrato de Compartición se pactó que cualquier controversia sobre la interpretación y/o ejecución del contrato sería resuelta en un arbitraje de derecho. De ese modo, indica que a criterio de la contraparte, la materia discutida en el presente procedimiento estaría siendo tramitada en vía arbitral.

Refiere que AZTECA PERÚ ha señalado en repetidas oportunidades, en el presente procedimiento que no se está discutiendo la interpretación de alguna cláusula contractual ni tampoco se busca resolver un problema ocasionado por la ejecución del contrato. Por el contrario, señala que se encuentra frente a una situación en la que se solicitó al Consejo Directivo que emita un mandato y modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura, a fin de que se respete el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología, toda vez que no pudo arribar a algún acuerdo con ENEL. Así, señala que no está frente a una materia que pueda ser arbitrable, ni tampoco en un supuesto que haya sido contemplado en la cláusula arbitral del Contrato de Compartición.

Asimismo, advierte que ENEL presentó al Tribunal Arbitral pretensiones en el sentido de desconocer el precio máximo legal previsto para la compartición de infraestructura. Refiere que esto quiere decir que las pretensiones de ENEL están vinculadas a la determinación de la contraprestación, lo cual como ha dicho previamente no constituye una materia que sea de libre disposición de las partes, que pueda negociarse y pactar



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 200

en contra de lo que señala la normativa vigente, como ha sido explicado en el acápite anterior.


Advierte que incluso con la forma de defensa que ha ejercido en el presente procedimiento, ENEL pretende desconocer un cambio en la regulación que fija la Metodología que determina el precio máximo de la retribución por uso compartido de infraestructura. Indica que AZTECA PERÚ ha sostenido en sus escritos, la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo para que ajuste la retribución pactada inicialmente al tope legal (que no estuvo siendo aplicado por un error en la atribución del valor del denominador "Na") es una forma que tienen las partes para cambiar la contraprestación ante una renegociación infructuosa.

Asimismo, menciona que, a través de un laudo, un Tribunal Arbitral no puede desconocer las facultades del regulador ni limitar la competencia normativa-regulatoria del Consejo Directivo, ordenando que no emita un mandato que modifique las condiciones económicas de una situación de compartición cuando corresponda. Así como tampoco el Tribunal Arbitral podría ordenar el desconocimiento de un mandato que emita el Consejo Directivo, atendiendo a que concluyó que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura sólo puede ser modificada cuando cambie el valor de las variables "m", "l"; "h", o "f". Precisa que, estas inconsistencias evidencian que las pretensiones están referidas directamente al cumplimiento del precio máximo legal por uso de infraestructura y, por ello, no pueden resolverse en un fuero arbitral debido a que es una materia regulada.

Refiere que es importante indicar que una de las pretensiones de ENEL en el arbitraje está referida a que desconozca el real valor del denominador "Na". Indica además, que no puede ser objeto de un Tribunal Arbitral, quien no podría ordenar que no se apliquen los valores correctos de la Metodología, en claro desconocimiento de la normativa vigente; así como tampoco puede ordenar que tengan validez valores distintos a los regulados para determinar el precio máximo por el uso compartido de infraestructura eléctrica. Señala que esta determinación del precio máximo según la Metodología corresponde exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL por mandato legal expreso. El Tribunal Arbitral no podría desconocer esta competencia exclusiva del regulador como pretende equivocadamente ENEL.

Asimismo, manifiesta que por el contrario, lo que ENEL ha dejado en clara evidencia es que pretende crear un conflicto entre el fuero arbitral y el fuero administrativo, enredando y complejizando la resolución de la solicitud de mandato, para demorar un pronunciamiento que modifique la contraprestación del Contrato de Compartición. Así, señala que ENEL se esfuerza por dar la apariencia de que existe una controversia arbitrable y exige que el Consejo Directivo no se pronuncie sobre su solicitud de mandato, lo cual según AZTECA PERÚ es absolutamente falso, pues precisamente es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien tiene la competencia primaria y exclusiva para responder su solicitud y garantizar el respeto de los parámetros legales vinculados a la existencia de un precio máximo.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 97 de 200

Señala que en atención a lo que ha expuesto anteriormente, corresponde desestimar los argumentos de ENEL referidos a la supuesta competencia del Tribunal Arbitral para conocer la solicitud de AZTECA PERÚ, que se encuentra referida a la modificación de la contraprestación del Contrato de Compartición, pues indica que quien tiene la exclusiva competencia para atender su solicitud y emitir un mandato en ejercicio de su función normativa es el Consejo Directivo.

4.2.6.5 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

4.2.6.5.1 Respeto de los comentarios de AZTECA PERÚ:

En sus comentarios al Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ señala que se encuentra de acuerdo con los fundamentos expuestos en el Proyecto de Mandato respecto de la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir un mandato que modifique la relación de compartición de infraestructura que mantiene dicho operador con ENEL, en torno a las condiciones económicas a ser aplicadas para la contraprestación periódica. En ese sentido, no se considera necesario realizar mayor análisis sobre dichos cometarios.

Asimismo, respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ relativos a la posición manifestada por ENEL sobre el Proyecto de Mandato, la posición del OSIPTEL se expresa a continuación, al analizar los comentarios de esta concesionaria eléctrica.


4.2.6.5.2 Respeto de los comentarios de ENEL:

- ***En relación a que el Proyecto de Mandato no analiza un argumento esencial planteado por ENEL y por lo tanto debe emitirse un proyecto complementario.***

ENEL señala que en el Informe N° 00005-GPRC/2018 que sustenta el Proyecto de Mandato, no se ha analizado en ningún extremo de su texto los alcances de la Resolución N° 5-2015-OS/CC-95 del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), que señala que una entidad administrativa está impedida de pronunciarse por una materia si ésta ha sido sometida a arbitraje, con lo que, a decir de ENEL, existe una manifiesta intención en omitir analizar el referido pronunciamiento y debe emitirse un proyecto complementario.

Al respecto, como lo señala la propia ENEL en sus comentarios al Proyecto de Mandato, el Informe N° 00005-GPRC/2018 contiene un acápite específico (numeral 4.2.5.5, páginas 20, 21 y 22) en el que se expone la posición del OSIPTEL sobre las implicancias en el presente procedimiento del arbitraje solicitado por ENEL. En el referido acápite se desarrolla la base legal por la cual se considera que el presente procedimiento no debe ser suspendido ante el arbitraje antes indicado y las razones por las que corresponde que este Organismo ejerza sus atribuciones legales ante la inexistencia de una ley o en mandato judicial expreso que dispongan lo contrario.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 98 de 200

En ese sentido, el argumento de ENEL referido a las implicancias del arbitraje iniciado contra AZTECA PERÚ, que se respalda en el criterio de un Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, ha sido abordado en el Informe N° 00005-GPRC/2018 al señalar que la disposición legal prevista en el artículo 72.2 del TUO de la LPAG impide la abstención del Consejo Directivo en el presente procedimiento ante la inexistencia de la ley o el mandato judicial expreso antes indicados. Por consiguiente, es incorrecto señalar que el criterio del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN no haya sido evaluado, derivando dicha apreciación –incorrecta- únicamente de la falta de mención al referido Cuerpo Colegiado en el desarrollo del análisis.

Por consiguiente, no es cierto que el Proyecto de Mandato no haya "analizado en ningún extremo un argumento central de la posición de ENEL", cuando el acápite 4.2.5.5 del Informe N° 00005-GPRC/2018 en su integridad se encuentra referido específicamente a las implicancias en el presente procedimiento del arbitraje que ha iniciado ENEL contra AZTECA PERÚ. En ese sentido, se debe desestimar la solicitud de ENEL para que se emita un proyecto de mandato complementario que analice específicamente el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, puesto que dicho análisis ha sido realizado apreciando de manera integral dicho argumento y los demás argumentos de ENEL sobre el arbitraje en cuestión.

Adicionalmente, como no debería escapar al conocimiento de ENEL -por las actividades económicas reguladas que realiza- cada organismo regulador es autónomo por su propia naturaleza legalmente establecida⁷². Con lo cual, tanto el OSINERGMIN como el OSIPTEL deben ejercer sus funciones conforme al marco legal que considere aplicable para decidir sobre hechos que correspondan al ámbito de sus respectivas atribuciones.

- **Respecto a que el procedimiento de emisión de mandato de compartición no es la vía legal pertinente para atender la solicitud de AZTECA PERÚ.**


ENEL sostiene que en el Proyecto de Mandato no se ha desarrollado ni analizado sus argumentos referidos a que al estar ambas empresas de acuerdo en que no hubo negociación alguna antes del inicio del presente procedimiento, conforme al Reglamento de la Ley N° 29904 no corresponde la emisión de un mandato de compartición y que en todo caso la vía pertinente para aquello que solicita AZTECA PERÚ es la vía de solución de controversias.

Al respecto, se debe precisar que lo indicado por ENEL es incorrecto por cuanto los argumentos antes referidos fueron analizados en los acápites 4.2.5.1 y 4.2.5.4 del Informe N° 00005-GPRC/2018, los mismos que se reiteran en el presente informe en párrafos precedentes y a los cuáles nos remitimos para mayor detalle.

⁷² Ley N° 27332: "Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera."



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 99 de 200

En particular, se reitera que el hecho de que AZTECA PERÚ y/o ENEL puedan tener eventuales posiciones contrapuestas derivadas de su relación de compartición de infraestructura que el OSIPTEL pueda conocer en ejercicio de su función de solución de controversias, no inhabilita a este Organismo Regulador a ejercer la función normativa en virtud de la cual emite mandatos (como el que ha sido solicitado en el presente procedimiento). Se reitera además que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL carecen de la función normativa, que es exclusiva del Consejo Directivo conforme lo establece el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

Adicionalmente, se debe señalar que la función corresponde ejercer al OSIPTEL en un caso concreto, debe ser determinada evaluando los hechos y la solicitud del caso respectivo. En el presente caso, del análisis efectuado se ha determinado que la solicitud de AZTECA PERÚ está referida a modificar la relación de compartición de infraestructura que ha establecido con ENEL mediante un contrato de acceso y uso de infraestructura, en lo relativo a las condiciones de la contraprestación periódica. Dicha solicitud corresponde ser tramitada en el ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, porque así lo dispone el marco normativo compuesto por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, concordados con el artículo 3.1 (literal c) de la Ley N° 27332 y los artículos 23 y 24 del Reglamento General del OSIPTEL.


Si eventualmente AZTECA PERÚ (u otro operador de telecomunicaciones) formulara al OSIPTEL solicitudes que correspondieran a aspectos distintos de la relación de compartición de infraestructura que mantiene con ENEL, el órgano que reciba la respectiva solicitud efectuará el respectivo análisis a fin de determinar si corresponde (o no) atenderla ejerciendo alguna de las funciones legales con las que cuenta este Organismo Regulador.

- **Respecto a que no existe sustento normativo para la emisión de un mandato de modificación de un contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica.**

ENEL sostiene que la normativa de interconexión faculta a emitir mandatos complementarios que permiten modificar relaciones de interconexión previamente establecidas por contrato o por mandato. Sin embargo, indica que en materia de acceso a infraestructura de instalaciones eléctricas, el marco normativo no ha facultado al OSIPTEL para modificar relaciones de acceso previamente establecidas por contrato.

Al respecto, en línea con lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del presente informe (al cual nos remitimos para mayor detalle), se reitera que los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, concordado con el artículo 3.1 (literal c) de la Ley N° 27332, habilitan al OSIPTEL a emitir un mandato de compartición de infraestructura en una relación sujeta a la Ley N° 29904, cuando el operador de telecomunicaciones y el concesionario eléctrico no hayan llegado a un acuerdo para



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 100 de 200

suscribir un contrato que tenga por objeto la creación, regulación, modificación o extinción de la referida relación de compartición. Carece por tanto de fundamento el cuestionamiento de ENEL al supuesto Incumplimiento del Principio de Legalidad por parte del OSIPTEL.

Se reitera asimismo que el marco legal antes citado establece la inexistencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición en ejercicio de su función normativa para asegurar el cumplimiento de los objetivos de naturaleza pública definidos por la Ley N° 29904. En el caso materia de análisis, no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que legalmente es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales, como incorrectamente trata de hacer ENEL desconociendo el Derecho aplicable.


ENEL indica además que *"en todo el texto del Proyecto de Mandato no se ha citado ninguna norma que habilite dicha intervención"*. Respecto de lo cual, nos remitimos a lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del Informe N° 00005-GPRC/2018, cuyo contenido se puede apreciar también en párrafos precedentes, que se explica por sí mismo.

Finalmente, considerando que ENEL hace referencia a las normas que regulan la interconexión de los servicios y redes de telecomunicaciones, indicando que en este régimen existe un marco legal que habilita expresamente al OSIPTEL a modificar contratos de interconexión a través de mandatos, lo que no sucede en la compartición de infraestructura; se reitera que la interconexión cuenta con una regulación propia, como también la tiene la compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones. Siendo dos materias distintas, en ambos casos el Congreso de la República ha habilitado la intervención del OSIPTEL para asegurar el cumplimiento de los fines de interés público que persiguen ambas materias, siendo las dos esenciales para el desarrollo del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Cabe reiterar además que la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato en materia de compartición de infraestructura, se sustenta en la base legal referida en párrafos precedentes.

- ***Respecto al proceso arbitral iniciado por ENEL para determinar si jurídicamente es posible modificar la retribución en el Contrato y en consecuencia, el presente procedimiento debe ser suspendido.***

En relación al arbitraje iniciado por ENEL y sus implicancias en el presente procedimiento, en línea con lo señalado en el numeral 4.2.5.5 del presente informe (al cual nos remitimos para mayor detalle), se reitera que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley y a solicitud de parte), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL. Se reitera además que cualquier acto del OSIPTEL en el presente



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 101 de 200

procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG.

Se precisa además que la función que el OSIPTEL ejerce a través de su Consejo Directivo en el presente procedimiento, es una función normativa que se ejerce en virtud de las facultades que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- para dirigir los servicios públicos^[3] y ejercer las funciones encomendadas a través de ley orgánica, con la finalidad de asegurar^[4] la “regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”.

Existiendo el referido marco constitucional y legal, el OSIPTEL debe evaluar con suma cautela cualquier solicitud dirigida a que no ejerza su función normativa y no emita un mandato en un caso concreto que corresponde a una materia regulada bajo el marco de la Ley N° 29904 (v.g. compartición de infraestructura eléctrica para redes de Banda Ancha^[5]), de la que también resulta manifiesto que el Congreso de la República ha encomendado al OSIPTEL –y no a ningún otro órgano- velar por su cumplimiento y dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar dicho cumplimiento^[6].

En ese sentido, se reitera que para el OSIPTEL resulta claro que en el presente procedimiento se ejerce una función normativa propia del Poder Ejecutivo y dentro de este Poder, propia del OSIPTEL, en cuya virtud de manera específica se determinarán las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

De otro lado, ENEL refiere que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN, referido en párrafos precedentes constituye un “precedente determinante en el presente caso”. Respecto de lo cual, se reitera que cada organismo regulador es por naturaleza legal autónomo en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, el carácter “determinante” del precedente que indica ENEL, legalmente no puede constituirse como tal para el OSIPTEL, sin perjuicio de que el razonamiento contenido en dicho pronunciamiento haya sido valorado como elemento para formar el criterio propio que, por ley, debe asumir el OSIPTEL; dicha valoración, inclusive, ha sido efectuada a pesar que ENEL señala desconocer^[7] si el referido pronunciamiento

^[3] Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.


^[4] Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

^[5] Cfr. con los artículos 3(ii) y 13 de la Ley N° 29904.

^[6] Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

^[7] Cfr. con la nota al pie N° 5 del escrito de ENEL presentado el 29 de diciembre de 2017.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 102 de 200

fue o no aceptado por el administrado afectado con la decisión, o si esta decisión perdió sus efectos.

En ese sentido, se reitera que el marco jurídico antes citado, determina el modo en que debe proceder el OSIPTEL en el presente procedimiento, aún cuando ENEL haya iniciado el proceso arbitral en mención.

- **Respecto a que la Ley General de Arbitraje establece que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el procedimiento de emisión de mandato.**

ENEL sostiene que el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que el OSIPTEL debe suspender su actuación en el presente procedimiento.

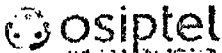
Sobre el particular, se debe señalar que la referida norma establece que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. En aplicación de dicha disposición, en el Informe N° 00005-GPRC/2018 ni en el presente informe se emite opinión alguna sobre la actividad que realizará el tribunal arbitral de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento por ENEL.

Sin embargo, se debe precisar que la referida disposición legal no es entendida por el OSIPTEL como una habilitación genérica para que este Organismo Regulador se abstenga de ejercer las atribuciones que les corresponden por mandato de la ley. Tal interpretación –incorrecta- no se deriva del texto del numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 y, en el presente caso, de ser acogida implicaría desconocer la vigencia del marco constitucional y legal referido en párrafos precedentes, que determina la intervención que debe realizar el Poder Ejecutivo a través de un organismo regulador para decidir normativamente sobre las condiciones económicas (v.g. el precio máximo regulado) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. ENEL), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

No obstante, el artículo 72.2 del TUO de la LPAG establece una regla de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de las funciones con las que cuentan las entidades de la administración pública, como es el caso del OSIPTEL (v.g. *"Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia"*). Esta disposición con rango de ley se encuentra vigente y debe ser aplicada de manera coherente con el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 antes indicado.

Por consiguiente, se reitera que si en ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad respectiva considera que es conforme a Derecho dictar una orden para que el OSIPTEL no ejerza su atribución legal en el presente procedimiento, corresponderá acatar dicha orden en tanto ésta surta efectos, conforme lo establece el precitado artículo 72, numeral 72.2, del TUO de la LPAG.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 200

Finalmente, se debe señalar que el segundo párrafo del artículo 108 del Reglamento General del OSIPTEL⁷⁴, indicado por ENEL en sus comentarios, no resulta aplicable en el presente caso por las mismas razones legales antes expuestas, que determinan el modo en que debe proceder este Organismo Regulador en el presente procedimiento, esto es, que la modificación de una condición contractual es competencia exclusiva del OSIPTEL y su ejercicio no requiere de pronunciamiento jurisdiccional alguno.

- **Respecto a que la modificación del valor de las variables "f" y "m" de la Fórmula no justifica legalmente la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.**

ENEL señala que en el Proyecto de Mandato se argumenta que la modificación de la retribución pactada es posible a partir de una interpretación que realiza al amparo de la Ley N° 29904 y su Reglamento, utilizando como argumento central la aplicación de un principio como el de No Discriminación; ello, indica AZTECA como si la modificación del contrato se resolviera solo con aplicar principios y normas.


Al respecto, se debe reiterar que la modificación de la retribución pactada en el Contrato, se sustenta en principio en el hecho que AZTECA PERÚ ha solicitado dicha modificación a ENEL y ésta no ha aceptado la referida solicitud, con lo cual se abre la posibilidad de AZTECA PERÚ de recurrir al OSIPTEL en vía de mandato para que se aplique el precio máximo regulado respectivo; ello, en el marco de lo dispuesto por los artículos 13.4.b y 32 de la Ley N° 29904 y los artículos 25 y 30.4 de su Reglamento.

Cabe señalar que el OSIPTEL comparte lo señalado por ENEL respecto a que el Contrato, además de por la Ley N° 29904 y su normativa de desarrollo, "se rige también por el Código Civil y por las garantías consagradas en la Constitución Política del Perú". No obstante, ENEL pretende aplicar las disposiciones de los referidos cuerpos jurídicos como si el Contrato no fuera bilateral y sinalagmático. En efecto, ENEL no considera que así como el Contrato y el régimen legal en el cual fue creado genera derechos para ambas partes, genera también obligaciones para ambas partes.

En específico, el cuestionamiento de ENEL al principio de no discriminación, olvida que las relaciones de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904, deben aplicar un precio máximo regulado. En efecto, ENEL señala que "el marco legal aplicable no la ha facultado [al OSIPTEL] a modificar los términos o importes fijados por las partes al amparo de un análisis de no discriminación, ya que con ello las partes

⁷⁴ "Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos
Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada.
Los órganos del OSIPTEL suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial."



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 104 de 200

estarían supeditadas siempre a una comparación discrecional respecto de los pactos que terceros pudieran realizar"; sin embargo, la regla del precio máximo regulado y que debe ser ofrecido bajo criterios de no discriminación forma parte esencial del régimen económico de la compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En efecto, se recuerda que el Reglamento de la Ley N° 29904 establece lo siguiente:

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas. [énfasis agregado]

Asimismo, ENEL indica que el cuestionamiento del OSIPTEL de los términos fijados por las partes en un contrato de compartición atenta contra el principio de Seguridad Jurídica que rige en nuestro ordenamiento. Sin embargo, ENEL olvida que es su propia contraparte contractual la que le solicita modificar los términos de un contrato por otros que se sujeten a la regla legal del precio máximo regulado.


ENEL olvida señalar que el cuestionamiento de AZTECA PERÚ se produce conforme al mismo marco normativo que existía de manera previa a la celebración del Contrato, como es el caso de los artículos 13.4 y 32 de la Ley N° 29904 y los 25 y 30 de su Reglamento. En ese sentido, frente a la solicitud de AZTECA PERÚ para modificar las condiciones económicas aplicables a su relación de compartición, resultaba predecible la conducta que ejercería el Estado a través del OSIPTEL en el presente procedimiento, en caso recibiera una solicitud de intervención subsidiaria en vía de mandato, ante falta de acuerdo respecto de una solicitud para modificar la contraprestación acordada por las partes, a efectos de sujetarla al precio máximo regulado.

En ese sentido, corresponde desestimar los cuestionamientos de ENEL respecto de una presunta vulneración del principio de Seguridad Jurídica con la emisión del mandato que corresponde al presente procedimiento.

- **Respecto de la aplicación retroactiva de los efectos del mandato que pretendería AZTECA PERÚ a través de un mecanismo de solución de controversias.**

ENEL considera correcta la posición del OSIPTEL de que los efectos del posible mandato no pueden ser aplicados a situaciones previas a su emisión, y consecuentemente, aquellos efectos sólo pueden ser aplicados a futuro, a partir de su



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 200

entrada en vigencia. Al respecto, se reitera la referida posición del OSIPTEL, por lo que no cabe realizar mayor evaluación sobre la misma.

Asimismo, se debe señalar que cualquier concesionario tiene la facultad, de manera general, de resolver las controversias que se produzcan en la ejecución de sus relaciones de compartición de infraestructura en la vía de solución de controversias que corresponda según el marco jurídico aplicable. Sin embargo, el pronunciamiento del Consejo Directivo en el presente procedimiento está acotado específicamente a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual del Contrato de Compartición, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias acordado por las partes en dicho Contrato o de la aplicación que de él puedan decidir realizar las partes atendiendo a sus propias consideraciones.

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 Posición de AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295⁷⁵, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal, se sujeta –entre otras– a la siguiente condición:

“b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica (...) se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.”

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que la referida disposición legal fue desarrollada por el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:


“30.1 El acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica (...), será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.

30.2 (...) las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

(...)

⁷⁵ “Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable: Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público. (...)”. (Énfasis agregado)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 200

30.4 La metodología para las contraprestaciones referidas en el presente artículo se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo (...).
(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que la Ley de Banda Ancha y el Reglamento consideran como contraprestaciones a ser percibidas por el titular de las infraestructuras compartidas las siguientes:

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por este concepto debe ser orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- (ii) La contraprestación mensual, la cual debe ser determinada en concordancia con la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento.


Señala AZTECA PERÚ que con la regulación de las contraprestaciones por la adecuación de la infraestructura, por el acceso a ésta y por su uso compartido, el Estado busca que los concesionarios de servicios de energía eléctrica y de hidrocarburos, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de controladores de la infraestructura existente de red, no abusen de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios que tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "poder o peso significativo en el mercado" se les pueda imponer, entre otras, "medidas de control de precios, con posible orientación a costes de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios".⁷⁶

Precisa AZTECA PERÚ que en el caso de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el Estado peruano ha impuesto la obligación de acceso y uso compartido de

⁷⁶ Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2004. p. 810-811.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 107 de 200

infraestructura a las empresas de energía eléctrica y de hidrocarburos (empresas con poder significativo de mercado por controlar una instalación esencial), con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes mediante las cuales se brindan servicios de Banda Ancha, en general, y para la Red Dorsal, en particular; siendo que ese objetivo se pierde si el titular de la infraestructura impone cobros excesivos. AZTECA PERÚ indica que la exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, en la práctica impediría el acceso y continuidad en el uso, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la prestación de un servicio público prioritario y esencial para todos los peruanos.

AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro de los conceptos arriba mencionados (una contraprestación inicial y contraprestaciones mensuales que no superen el resultado de la fórmula prevista en el Reglamento).


Indica AZTECA PERÚ que lo anterior ha sido confirmado por el Viceministro de Comunicaciones mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, a la cual está asociada (en adelante, el "Oficio No. 520-2017-MTC/03"). En éste claramente se señala que la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura que resulta de la correcta aplicación de la Metodología debe ser considerada un precio máximo.

Por otro lado, indica AZTECA PERÚ que no debe perderse de vista que estamos ante un proyecto declarado por Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, cuya caracterización justifica que el Estado peruano no solo ordene que se provea a AZTECA PERÚ del acceso a las redes de los concesionarios de energía eléctrica y de hidrocarburos, sino que también disponga la continuidad en el uso compartido de dicha infraestructura, garantizando que se realice bajo condiciones que no perjudiquen el despliegue y operación de la Red Dorsal.

Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen incluso otro tipo de efectos favorables, como la reducción del impacto ambiental, sin tener un nuevo operador que duplicar innecesariamente infraestructura, pudiendo emplear la infraestructura existente abonando una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable para el titular de la infraestructura.

AZTECA PERÚ indica que ello responde al principio de libre acceso, aplicado en aquellos servicios esenciales cuya prestación se desarrolla a partir de una infraestructura de red (como las redes de telecomunicaciones), cuyo establecimiento, mantenimiento y desarrollo requiere de importantes inversiones de capital, siendo que,



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 108 de 200

en virtud de este principio, para esta clase de servicios se debe permitir el acceso a otras redes en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables⁷⁷.

Indica AZTECA PERÚ que toda regulación de acceso obligatorio, en efecto, busca que las empresas titulares de la Infraestructura no se vean perjudicadas con ello, por lo que en la regulación se les garantiza la cobertura de sus costos incrementales y un margen de utilidad razonable. Sin embargo, lo anterior tampoco significa que la regulación indicada permita que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, pues así el régimen de acceso se desvirtúa y vacía de contenido. Es decir, la contraprestación de modo alguno debiera implicar una subvención a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

AZTECA PERÚ agrega que específicamente, la contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico. Por dicha razón, indica AZTECA PERÚ, cuando alguna disposición contractual fije una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo deviene en inexigible.


Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que ENEL viene haciendo caso omiso de las disposiciones vigentes en la materia y sigue exigiendo el pago de un monto que excede a todas luces el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Ello, a decir de AZTECA PERÚ, como es evidente, no encuentra sustento en la normativa que regula el uso de la infraestructura eléctrica, sino que, por el contrario, la contradice directamente.

AZTECA PERÚ indica que cuando ENEL exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Compartición y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica⁷⁸. Ello, señala AZTECA PERÚ, toda vez que busca desconocer el marco normativo bajo el cual fue

⁷⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.

⁷⁸ La infraestructura de ENEL resultaba crítica para poder Implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de ENEL, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponer tales montos excesivos que claramente no respetan el precio máximo que arroja la aplicación correcta de la Metodología, no encontrándose AZTECA PERÚ en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por ENEL, considerando (i) los cortos plazos que tenía para culminar la implementación y despliegue de la Red Dorsal, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, así como (ii) la asimetría Informativa que existía respecto a los costos y valores involucrados en dicha compartición.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 109 de 200

suscrito el acuerdo y exigir, en atención a una cláusula contractual, una contraprestación mayor a la permitida legalmente.

Indica AZTECA PERÚ que ENEL es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición⁷⁹, el marco legal que promovió la celebración de dicho acuerdo establecía la obligatoriedad de observar la Metodología en la determinación de la contraprestación, pues el resultado de su aplicación fijaría el precio máximo exigible por uso de infraestructura eléctrica. Inclusive, el referido marco normativo es claro en establecer que la Metodología debía y debe ser aplicada en función a los criterios y parámetros que dicte el OSIPTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), ENEL emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.


AZTECA PERÚ precisa que, si bien la responsabilidad de AZTECA PERÚ es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de ENEL observar que el monto consignado en la factura y, por ende, cobrado a AZTECA PERÚ, no supere el precio máximo que se deriva de la aplicación de la fórmula descrita en el Anexo 1 del Reglamento, a efectos de que pueda cumplir con la normativa vigente.

Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Anexo 1 del Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente en la fecha de firma del contrato, no correspondía ser aplicada. Es decir, menciona AZTECA PERÚ, el valor de la retribución se mantendría relativamente fijo (excepto por las variaciones en el IPC) en tanto no excediera el tope máximo regulatorio, conforme éste variara en el tiempo.

Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a ENEL incorporar aquellas referencias en la cláusula quinta y en el Anexo 1 el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO

⁷⁹ ENEL pretende que el Contrato de Compartición se rija sólo por las normas del código civil cuando es evidente que estamos ante una situación de asimetría que afecta a un servicio público. Así pues, no se puede pretender desconocer que hay una regulación que precisamente entra a tallar cuando no es posible que el mercado (oferta y demanda) por sí mismo llegue a términos eficientes respecto a sus relaciones jurídicas. Estamos ante un claro caso de asimetría en el poder de negociación y por ello no cabe pretender que AZTECA y ENEL negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 110 de 200

supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de ENEL y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.

De otro lado, AZTECA PERÚ señala que no ha logrado llegar a un acuerdo con ENEL respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador "Na" (Número de Arrendatarios) y a las variables "f" y "m" previstos en la Metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.

El denominador "Na":

AZTECA PERÚ indica que la Metodología señala que la contraprestación mensual por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica viene dada por la aplicación de una fórmula, que tiene entre sus variables el factor "B". Dicho factor representa la distribución de costos entre los arrendatarios, calculándose como "1/Na", donde el denominador "Na" representa al número de arrendatarios.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.


AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos⁸⁰, señalando lo siguiente:

"Como se observa, si bien la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, no indica textualmente que deba considerarse como valor del "Na", el número máximo de arrendatarios, tampoco señala que deba considerarse el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado, por lo que se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula con el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295⁸¹, señalado

⁸⁰ Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de Participación modificando las retribuciones pactadas en un contrato de compartición previamente celebrado, a efectos que dichas retribuciones respeten el precio tope resultante de la correcta aplicación de la Metodología.

⁸¹ "Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público. La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:
1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 111 de 200

anteriormente, respecto de que en ningún caso el arrendatario deberá pagar por todo el espacio disponible, lo cual obedece a principios económicos de eficiencia.” (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

De ese modo, indica que la propia definición del denominador “Na” ha sido desarrollada por el OSIPTEL señalando que es *“equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad”*⁸².

Por tanto, para AZTECA PERÚ resulta claro que por “número de arrendatarios” debe entenderse al número máximo de arrendatarios a los que es posible dar acceso a la

tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que esté inmerso un margen de utilidad razonable.

2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario regular y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.


Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:

- 1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.*
- 2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.*
- 3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.*
- 4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.*
- 5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.*
- 6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.*

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos.” (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ) [Reglamento de la Ley No. 28285, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC]

⁸² Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD_Inf053-GPRC-2017.pdf; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD_Inf150-GPRC-2017.pdf; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD_Inf029-GPRC-2017.pdf; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf; página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 112 de 200

infraestructura eléctrica. No obstante, señala AZTECA PERÚ que ENEL al exigir el pago de facturas por el uso de su infraestructura, no ha tenido en cuenta dicho criterio para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que (según sus cálculos referenciales) siempre ha considerado que el Na es igual a uno (1); es decir, ENEL considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del "Na" que ENEL debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es éste el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio⁸³ y de peso⁸⁴, el MTC (en concordancia con los pronunciamientos de la autoridad intérprete competente - OSIPTEL) ha estimado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general para que cuando menos tres (3) cables de fibra óptica sean los que puedan colgarse de aquella, por lo que tres (3) sería el número mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3), en función a la capacidad nominal de dicha infraestructura, sobre la base de las distancias mínimas de seguridad reguladas por la normatividad eléctrica.

"Debe de hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios"⁸⁵ (énfasis agregado)

"Finalmente, para determinar la variable "f", se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión (...)

Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores."⁸⁶


⁸³ El criterio por espacio "determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 7]. Es decir, determina cuál es el espacio que teóricamente ocuparía cada arrendatario en la infraestructura eléctrica.

⁸⁴ El criterio por peso "determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.

⁸⁵ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

⁸⁶ Idem.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 113 de 200

(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295⁸⁷, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones recientemente buscó despejar las dudas que pudiera existir respecto a lo anterior e informó a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad⁸⁸.

AZTECA PERÚ señala que de acuerdo con lo anterior, el valor que corresponde a "Na" siempre debió ser considerado como el número potencial de arrendatarios de la infraestructura eléctrica; esto es, un valor igual o mayor a tres (3), lo que no ha estado siendo tomado en consideración por ENEL cuando les factura la contraprestación.

Considera AZTECA PERÚ que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na", claramente definido por el OSIPTTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso, deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.


La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables." (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado

⁸⁷ Ver Nota al Pie No. 20.

⁸⁸ AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología ENEL es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA PERÚ costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, ENEL ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional. Ahora bien, en razón al presente procedimiento, corresponde al OSIPTTEL confirmar si el denominador "Na" debe ser tres (3) en todos los casos, como lo menciona el MTC, o si, como postula AZTECA PERÚ, en función a los criterios de distancia y de peso que anteriormente ha establecido el OSIPTTEL, es posible que las infraestructuras eléctricas de ENEL tengan capacidad de alojar a más de tres (3) cables de fibra óptica, y por lo mismo, el denominador "Na" debe ser mayor de tres (3).



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 114 de 200

constitucional de derecho, "busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"⁸⁹ (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

*"El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informe a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ. 5). Este principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal."*⁹⁰ (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

Las variables "f" y "m":

AZTECA PERÚ señala que el Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación:

"Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."


Señala AZTECA PERÚ que de esa manera, su variación en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación, sino que, por lo contrario, deben ser integradas a las relaciones contractuales que hayan celebrado los operadores de telecomunicaciones con los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos.

AZTECA PERÚ indica que bajo dicha asunción, el 5 de agosto de 2017, mediante la publicación de la Resolución Viceministerial, se modificaron efectivamente los valores

⁸⁹ Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.

⁹⁰ Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 115 de 200

de las variables "f" y "m" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión.

Menciona AZTECA PERÚ que de acuerdo al quinto considerando de la Resolución Viceministerial, dicha modificación obedeció a que el MTC observó que la aplicación de la metodología original a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión resultaba en valores de la contraprestación mensual por encima de los precios promedio del mercado. Así pues, la modificación de los valores de las variables "m" y "f" ha tenido como fin que *"la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado"*.

En consecuencia, señala AZTECA PERÚ que para el cálculo de la Metodología y, con ello, que se determine el precio máximo que puede ser cobrado por el uso de infraestructura eléctrica, ENEL se encuentra obligada a aplicar los nuevos valores de los factores "f" y "m", en tanto constituyen parte integrante de la normativa que se encontró vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.

AZTECA PERÚ precisa que, sin embargo, pese a que los nuevos valores "f" y "m" de la Metodología han sido señalados expresamente en la Resolución Viceministerial, ENEL tampoco se ha mostrado de acuerdo con respetar la modificación normativa para determinar el precio máximo que podría ser facturado a AZTECA PERÚ.

Indica AZTECA PERÚ que su negativa es especialmente gravosa si se considera las implicancias de las falencias reconocidas por el MTC en la página 9 del Informe N° 292-2017-MTC/26, respecto a la determinación del valor de estas variables en el año 2013, con motivo de la aprobación del Reglamento:


"Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables "f" y "m" se hizo en base a una fuente de información reducida. Así, para el criterio de pesos de la variable "f" se tomó arbitrariamente un tipo particular de fibra óptica y conductor. Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.

Por otra parte, para la determinación de la variable "m" se consideró el valor máximo asociado a sólo un tipo de poste de baja tensión, discriminando una gran variedad de tipos de postes y/o líneas de transmisión. Además, no se consideraron las líneas de Alta tensión."

La modificación de los factores "f" y "m" y la correcta aplicación del valor de "Na" forman parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Compartición:

AZTECA PERÚ indica que corresponde precisar que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a los



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 116 de 200

factores "f" y "m" y a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas⁹¹.

Por ello, señala AZTECA PERÚ que en aplicación inmediata y directa de la normativa vigente, si la contraprestación pactada en un contrato continúa siendo menor al precio tope regulatorio, dicho monto podrá continuar siendo cobrado; sin embargo, si el monto acordado es mayor al precio tope regulatorio, únicamente podrá exigirse el pago de ese último.

AZTECA PERÚ menciona que, en efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Participación, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definiese en su aplicación el OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos del OSIPTEL implican un recalcule automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y ENEL.

Concluye AZTECA PERÚ que en atención a lo señalado, solicita que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuáles son los valores que ENEL y AZTECA PERÚ deben considerar para efectos de las variables "f" y "m", así como el denominador "Na", para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por ENEL y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

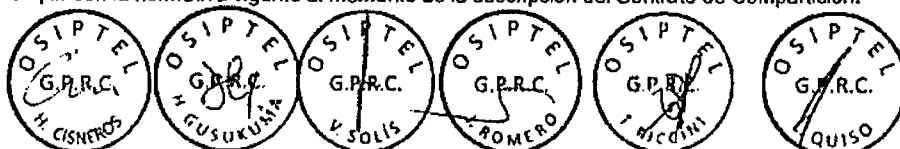
4.3.2 POSICIÓN DE ENEL (Carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03.11.2017):


ENEL señala que el día 5 de agosto de 2017 se publicó la RVM mediante la cual se modificó el valor de la variable "f" de la Fórmula a 18.3% para infraestructura de media y alta tensión, y el valor de la variable "m" a 84.3% para el mismo tipo de infraestructura.

No obstante ello, refiere que en aplicación de las normas constitucionales y legales aplicables, lo solicitado por AZTECA PERÚ es improcedente. En efecto, señala que el Contrato establece válidamente un plazo mínimo de tres (3) años en el que la Retribución no puede ser modificada.

La modificación de la Fórmula establecida por el Reglamento rige según ENEL, para los contratos de acceso y uso de infraestructura que se celebren a partir de su entrada en vigencia, o para los contratos que contengan cláusulas de adecuación automática a

⁹¹ En ese sentido, no nos encontramos frente a un supuesto en el que se vulnere lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dado que de modo alguno se está alegando que las modificaciones legislativas en el tiempo se encuentren alterando las cláusulas pactadas en un contrato. Por el contrario, se trata de una observación fiel a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, en tanto AZTECA PERÚ busca que ENEL observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 117 de 200

los cambios de la Fórmula. En consecuencia, a la fecha, la Retribución pactada en el Contrato no puede ser materia de modificación.

Lo señalado anteriormente, encuentra sustento según ENEL por lo siguiente:

(i) Marco constitucional

El artículo 62° de la Constitución Política establece lo siguiente:

*“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los **términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)**”* (Énfasis agregado).

ENEL señala que este precepto constitucional está dirigido a impedir que las normas imperativas⁹² afecten las reglas contractuales válidamente pactadas en función del marco legal vigente al momento de la celebración del contrato⁹³. En consecuencia, una norma imperativa no puede *ex post* alterar los términos válidamente pactados por las partes.


Refiere además que existen dos casos en los cuales una norma puede alterar *ex post* los términos indicados sin vulnerar el precepto constitucional citado:

- El primer caso supone que la norma imperativa bajo la cual las partes celebran el contrato establece que cualquier cambio normativo que se produzca en el futuro obligará a las partes a adecuar los términos del contrato a ese cambio.
- El segundo caso supone que las partes acuerdan modificar de manera voluntaria los términos del contrato celebrado en caso de que se produzca un cambio normativo en el futuro. Como resulta evidente, según ENEL, en ninguno de estos dos casos la libertad contractual resulta afectada.

⁹² “El Art. 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales (...) ¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato? Desde una perspectiva teórica, sólo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes decidan. Como quiera que las normas dispositivas no pueden ser alteradas o modificadas un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el Art. 62 de la Constitución sólo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que sólo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra sólo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el Art. 62 de la Constitución no afecta”. Ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. *La Libertad bajo Ataque: Contratos, Regulación y Retroactividad*. Ius et Veritas. 2013. Número 46. pp. 46-47.

⁹³ “La teoría de los derechos adquiridos, recogida en el artículo 62, que dice que si un acto jurídico -en este caso un contrato- se realizó al amparo de cierta normalidad, es dicha normalidad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogadas. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido”. Ver: BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Idemsa. 2012. p. 379. “El artículo 62 (...) se refiere a que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...) Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza”. Ver: RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Tomo 3. pp. 286 y 291.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 118 de 200

En efecto, en el primer caso, ENEL manifiesta que las partes conocen *ex ante* que la norma imperativa requiere adecuaciones contractuales a los cambios normativos sobrevenidos. Si las partes deciden celebrar el contrato en esas condiciones, entonces aquéllas asumen voluntariamente el riesgo de tener que modificar los términos pactados si en el futuro se producen cambios normativos.

En el segundo caso, ENEL señala que las partes consideran que la modificación de los términos pactados en caso de cambios normativos sobrevenidos es deseable.

(ii) Marco contractual

Respecto a ello, ENEL señala que el Contrato establece que las partes lo celebran en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento. En consecuencia, refiere que es claro que ENEL y AZTECA PERÚ negociaron los términos del Contrato conociendo (i) el marco normativo establecido por la Ley y el Reglamento y (ii) las restricciones a la libertad contractual establecidas por dicho marco.

Además, señala que la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

*"Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una **retribución mensual** por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una **vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato**. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. **Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los impuestos de acuerdo con las nuevas condiciones legales**" (Énfasis agregado).*

Indica que dicha cláusula contiene tres (3) preceptos contractuales claves:

Primero: la Retribución es pactada en función de los criterios contemplados por las normas imperativas aplicables: la Ley y el Reglamento.


Segundo: la Retribución tiene un periodo de vigencia "mínimo" de tres (3) años.

Tercero: la Retribución puede ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento ("nuevas condiciones legales"), siempre que haya vencido el periodo de tres (3) años.

Refiere además, que ni la Ley ni el Reglamento establecen que la retribución mensual está sujeta a un plazo máximo. Por lo tanto, el pacto que establece que la Retribución tiene una vigencia "mínima" de tres (3) años es válido y exigible.

Por otro lado, manifiesta que ni la Ley ni el Reglamento establecen que las retribuciones mensuales acordadas por las partes han de ser modificadas en función



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 119 de 200

de los cambios que se produzcan al Anexo 1 del Reglamento. Por consiguiente, ENEL señala que no se encuentra legalmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.

Manifiesta además, que el Contrato establece que las partes adecuarán la Retribución a los cambios normativos futuros, siempre y cuando tales cambios se produzcan una vez vencido el plazo de tres (3) años contados desde la fecha de celebración del Contrato. Como quiera que el Contrato fue celebrado el 9 de noviembre de 2015, el referido plazo de tres (3) años vencerá el 9 de noviembre de 2018. Todos los cambios normativos que se produzcan a partir de esa fecha obligarán a las partes a modificar la Retribución, en caso corresponda.

En la medida que la modificación al Anexo 1 del Reglamento se ha producido antes de que venza el plazo antes citado, ENEL manifiesta que no se encuentra contractualmente obligada a reducir la Retribución a efectos de adecuarla a la modificación del Anexo 1 del Reglamento.

Asimismo, refiere que la situación originada por la RVM ha sido prevista de manera explícita por las partes en la Cláusula Cuarta del Contrato. En función de lo acordado por aquéllas, dicha situación no afecta en modo alguno a la Retribución, pues se ha producido dentro del período inicial de tres (3) años en el que ningún cambio normativo resulta contractualmente relevante para la determinación del monto de la Retribución.

Respecto al "Na":

ENEL indica que el argumento de la "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na" de la Fórmula no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Por lo tanto, señala que no se justifica la modificación de la Retribución pactada en el Contrato.

Señala que sin perjuicio de que el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente, a continuación expone el sustento por el cual la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na" de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico.

ENEL manifiesta que la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo, pues indica que AZTECA PERÚ en la carta DJ-1258/17, señaló lo siguiente:

"Lima, 17 de agosto de 2017

(...)

b) De otro lado, al plantear el cambio del valor de la variable (f) antes señalada, en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 se ha señalado que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología, debe ser igual a tres (3)². Esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología que la infraestructura de media y alta tensión



puede albergar a tres (3) arrendatarios. Adicionalmente, OSIPTEL, a cuya supervisión se encuentra sujeto el Contrato de Compartición conforme a lo establecido en el artículo 25.2 del Reglamento, considera que el número de arrendatarios de la infraestructura a ser considerado en la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la Infraestructura únicamente por el uso del espacio que el arrendatario requiere, sin imponerle el pago de todo el espacio disponible en dicha infraestructura -por ende sin asumir que el número es de uno (1) como se ha venido haciendo- tal como lo ha señalado expresamente el Regulador en mandatos de uso compartido emitidos el presente año.

Esta regla para definir el número de arrendatarios considerado en el denominador "Na" de la Metodología, también lleva a que se modifique el precio máximo que puede cobrarse como contraprestación por el uso de la infraestructura."

Asimismo, señala que el argumento de AZTECA PERÚ es que la RVM habría establecido que el denominador "Na" del factor "B" debe ser igual a tres (3), y en consecuencia, esta nueva regla determinaría que se modifique la Retribución en el Contrato suscrito por ambas partes. Refiere que demostrará a continuación que dicha afirmación es errónea e inexacta:

- En los Antecedentes, ENEL ha indicado que la RVM fue publicada el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables "f" y "m" previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:

NORMAS LEGALES

ANEXO I
METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS

La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el período de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.

Los cancelamientos de energía eléctrica, a hidrocarburos seleccionados (en sus diferentes modalidades) o parciales que limitados) a su cargo la adecuación de su infraestructura.

La base que se usará para evaluar la estructura de infraestructura deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.

El pago de la inversión será calculado por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional (en el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de retarrajeo de torres, postes o líneas).

La contraprestación mensual por el acceso y uso (RMU), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RMU = Imp + CMU \times B \times (1 + m)$$

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
- CMU: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura en compartido.
- B: Factor de distribución de costos, todo entre los arrendatarios.
- m = 1.4%
- Donde Na: número de arrendatarios en base de retarrajeo mensualizado a margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

CMU = f + h CMs

f: 70% para Baja Tensión y 14.7% para Media y Alta Tensión.

CMs: Costo mensual OPEX en compartido y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo para BTA	Forma para Arrendatarios
$fMU = \frac{f}{3} \times 27$	Baja Tensión
$hMU = \frac{h}{11} \times 11$	Media Tensión y Alta Tensión

B) En la Base Total de Cálculo de la Infraestructura Eléctrica y más dada por:

$$DT = (1) + eq \times TP$$

Donde:

- TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía: 77% Para Baja Tensión y 84.3 para Media y Alta Tensión.
- f: Espesor de cable del estándar de las torres, postes o sustentos: 1 + 2%, Para baja tensión (h = 13.4% Para media o alta tensión).

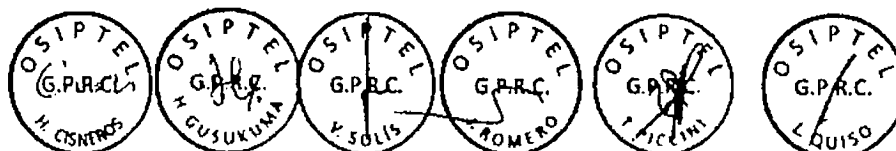
Nota: Los valores establecidos para las variables m, f, h, y l podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.


Regístrase, comuníquese y publíquese

CARLOS VILM DE VILLALBA / J. GARCÍA
Viceministro de Comunicaciones

18/11/17

- Sin embargo, según refiere ENEL, en ningún extremo de la RVM se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador "Na" del factor "B" como igual a tres (3).



	DOCUMENTO	N° 00057-GPROC/2018
	INFORME	Página: 121 de 200

En ese sentido, a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no ha incorporado disposición alguna en el Reglamento donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios.⁹⁴

- Señala además que en efecto, el Reglamento no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como AZTECA PERÚ sostiene de forma errónea. Considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador "Na" deba ser igual a tres (3), no existe tal "nueva regla" alegada por AZTECA PERÚ en su solicitud de mandato. En consecuencia, dicho argumento carece de base normativa y no corresponde entonces que se modifique la Retribución en el Contrato.
- Indica que debe tenerse presente que lo señalado por AZTECA PERÚ no está contenido en la normativa aplicable.
- En efecto, en el Informe N° 292-2017-MTC/26 (en adelante, "Informe Sustentatorio") se analiza las variables de "m" y "f" que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisa que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se "consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios"⁹⁵. Del mismo modo, el Informe Sustentatorio señala que para la determinación del peso "se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores."⁹⁶
- Asimismo, manifiesta que al analizar la actualización de la variable "f", el Informe Sustentatorio señala lo siguiente:

2.5.1 Actualización de la variable "f"

En la metodología del año 2013, la variable "f" se define como el ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida, el cual corresponde ser asumido por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas. Dicho porcentaje fue determinado tomando en cuenta los siguientes criterios: i) la proporción de espacio utilizado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos y ii) el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto de peso de los conductores eléctricos.

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, con el fin de que las consideraciones del número de horas (o arrendatarios) en ambos criterios deba ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (NA) del criterio por espacio y, por consecuencia, se modifica el número de horas (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se consultó una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, permitiendo ajustar el valor de acuerdo con el despliegue actual de las redes eléctricas.


- Señala que como se puede apreciar, el Informe Sustentatorio únicamente da cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las

⁹⁴ De hecho dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial

⁹⁵ Ver página 8

⁹⁶ Loc. Cit.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 122 de 200

variables "f" y "m", sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento.

- Siendo ello así, ENEL manifiesta que le llama la atención que AZTECA PERÚ en la Solicitud señale lo siguiente:

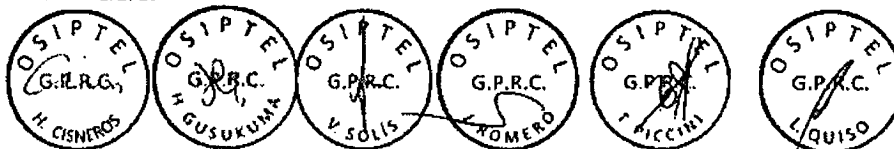
"5.3.3. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa."


- Además, refiere que a partir de lo anterior, la propia AZTECA PERÚ reconoce que su Solicitud no tiene base normativa, en tanto señala que la Fórmula contenida en el Reglamento no precisa cuántos arrendatarios deben ser considerados para determinar la Retribución. Sin embargo, a pesar de que la norma es clara y no existe tal regla de tres (3) arrendatarios, AZTECA PERÚ pretende realizar una interpretación de la norma mediante la aplicación del Principio de Eficiencia.
- Indica que la interpretación jurídica es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas "cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma"⁹⁷. En el presente caso, no hace falta realizar una interpretación a través de la aplicación de principios, toda vez que el Reglamento es claro al no determinar el número de arrendatarios para el denominador "Na" en la Fórmula. Por lo tanto, la aplicación de principios no corresponde en el presente caso.
- Añade que en consecuencia, AZTECA PERÚ incurre nuevamente en una inexactitud al sostener que en la RVM "se ha señalado que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología [la Fórmula], debe ser igual a tres (3)"⁹⁸. Como ha indicado anteriormente, la RVM no señala que el número de arrendatarios debe ser igual a tres (3).
- Refiere que la propia AZTECA PERÚ ha reconocido que la RVM no ha dispuesto una modificación en el número de arrendatarios que deben ser considerados en la Fórmula. En su Carta DJ-1446/17, AZTECA PERÚ señala que "con respecto al denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B", se debe tener en cuenta que el referido valor no ha sido modificado."⁹⁹

⁹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho". Tercera reimpresión de la décima edición. Lima: PUCP, p. 220.

⁹⁸ Ver literal b) de la Carta 1258.

⁹⁹ Ver numeral 3.




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 123 de 200

- No obstante ello, manifiesta además que a través de la Solicitud, AZTECA PERÚ cita lo señalado en diversos Informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador "Na" al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. Sin embargo, dicho criterio no se encuentra recogido en la normativa, tan es así que no fue materia de regulación en la RVM, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.
- Indica que como no escapará a su entender, nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento.
- Agrega, que como bien ha señalado Morón Urbina, el informe o dictamen "constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva, no decisoria". Así, el "carácter sustancial" del informe "no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas", de manera que "esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutivo o sujeto a fe plena".¹⁰⁰
- Por lo tanto, menciona que los razonamientos, criterios o metodologías empleadas en un informe consultivo como aquellos citados por AZTECA PERÚ en su Solicitud, no constituyen decisiones, actos administrativos ni normas que puedan imponer obligaciones que no están previamente contempladas en la normativa aplicable. En esa línea, las opiniones emitidas por los órganos al interior de una entidad como el OSIPTEL no generan efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados.
- Refiere que a la luz de lo señalado, AZTECA PERÚ no puede utilizar como argumento las afirmaciones o metodologías empleadas por un órgano del OSIPTEL para exigir la modificación del Contrato. Como ha quedado en evidencia, la normativa vigente (el Reglamento) no ha recogido en ningún sentido la supuesta "nueva regla" que AZTECA PERÚ viene citando como sustento de su Solicitud.
- Sin embargo, añade que a pesar de la claridad en el Reglamento, AZTECA PERÚ insiste con aplicar principios como el de Predictibilidad o Confianza legítima, como se puede apreciar a continuación en su Solicitud:

5.3.11. Consideramos que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na" claramente por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No.

¹⁰⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General" Lima. Gaceta Jurídica, 2009. 8° ed., p. 500.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 124 de 200

006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima (...) Las actuaciones dadas administrativamente son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se explicitan, por escrito, decida apartarse de ellos


La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables. (énfasis y subrayado agregados)

- Señala que a criterio de AZTECA PERÚ, el OSIPTEL debe aplicar el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima y no variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de normas aplicables. Sin embargo, como hemos demostrado en este caso, la Fórmula del Reglamento no presenta vacíos o tratamientos poco claros que requieran interpretación alguna: la norma es precisa, no existe regla que exija considerar a tres (3) arrendatarios en el valor del denominador "Na".
- Por el contrario, refiere que en el presente caso corresponde que el OSIPTEL aplique el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 6-2017-JUS (en adelante, "TUO de la LPAG"), en virtud del cual se establece que "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas".
- En atención a lo anterior, manifiesta que el referido principio se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades, otorga facultades y apodera a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites¹⁰¹. Como consecuencia de ello, dichos límites facultan a los administrados a poder exigir a la Administración Pública que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que sus actos se verifiquen por los órganos competentes¹⁰².
- En ese sentido, señala que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Así las cosas, las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstos no han sido recogidos expresamente por el Reglamento, como sucede en el presente caso.

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS, 2006.. p. 449.

¹⁰² FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 22ª Edición. México D.F.: Porrúa, pp. 451-452.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 125 de 200

- Manifiesta que más allá de lo expuesto, lo que plantea AZTECA PERÚ es en realidad que se aplique el criterio de considerar tres potenciales arrendatarios para el cálculo de la Retribución. Otra vez, aun en el escenario errado de AZTECA PERÚ (y sin perjuicio de la cláusula arbitral pactada), en vía administrativa lo planteado por dicha empresa solo podría evaluarse en un procedimiento de solución de controversias ante un CCO competente. AZTECA PERÚ optó por una vía legal impertinente.
- Debido a ello, ENEL señala que se encuentra ante otra situación que acredita la IMPROCEDENCIA de su solicitud de emisión de mandato.


Adicionalmente, ENEL manifiesta que la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico, por lo siguiente:

- AZTECA PERÚ en su Carta DJ-1258/17 señala que, en la medida que el Informe Sustentatorio menciona que el criterio por espacio empleado para los valores de las variables de "m" y "f" consideró tres (3) arrendatarios, en consecuencia "esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología [la Fórmula] que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios".
- No obstante ello, refiere que AZTECA PERÚ incurre en otra imprecisión al no haber considerado en la Solicitud y en ninguna de sus comunicaciones los aspectos técnicos propios de la infraestructura de ENEL. De hecho, a la fecha, manifiesta que ENEL no ha recibido ninguna comunicación de AZTECA PERÚ donde se le consulte sobre la viabilidad técnica de soportar tal número de arrendatarios en su infraestructura.
- Añade que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Para mayor detalle del sustento técnico, hace referencia a tres (3) documentos:
 - (i) Informe Técnico¹⁰³ de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por el personal técnico de ENEL (en adelante, "Informe Técnico") y que adjunta a su carta como Anexo 2.

¹⁰³ "Informe Técnico de cantidad de fibras sobre estructuras de redes de alta tensión" de ENEL (octubre 2017), que concluye lo siguiente:

- 1.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre estructuras de alta tensión en áreas transitadas y no transitadas no es factible, debido al incumplimiento de las distancias mínimas de seguridad definidas en el CNE-2011.
- 2.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará un riesgo a los trabajos de mantenimiento, lo cual implicaría incumplir el Código Nacional de Electricidad y otras normas del sector.
- 3.- La instalación de 2 a más cables de fibra óptica sobre las estructuras de alta tensión generará el incumplimiento de la distancia máxima permitida de 2,3 m entre el conductor energizado y el cable de fibra óptica, distancia prevista en la Guía 11-2-550 Enel.
- 4.- El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión.
- 5.- Para poder cumplir lo solicitado por Azteca, Osinergmin debería modificar la estructura de los módulos reconociendo postes de AT de mayor altura y estos se vean reflejados en la tarifa eléctrica."




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 126 de 200

- (ii) Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL), elaborada por ENEL y que adjunta a su carta como Anexo 3.
 - (iii) Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).
- Sobre la base de lo anterior, señala que procede a exponer el sustento técnico de su posición. El Informe Técnico desarrolla las limitaciones técnicas que se presentarían de exigir a ENEL que albergue a tres (3) arrendatarios en las estructuras de alta tensión de ENEL.
 - Así, en primer lugar, menciona que ENEL incurriría en un supuesto de incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE-2011), aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, se estaría incumpliendo la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.
 - De igual forma, manifiesta que la exigencia de AZTECA PERÚ generará el incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL). El Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.
 - Al respecto, indica que ambas empresas han pactado en la Cláusula Décima del Contrato que AZTECA PERÚ está obligada a actuar *"cumpliendo en todo momento con las Normas Técnicas"*, término que está definido en el Contrato como *"técnicas, emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR"* (hoy, ENEL).
 - En virtud de lo señalado anteriormente, manifiesta que queda claro que resulta aplicable en el presente caso lo dispuesto en la Guía LI-2-550 ENEL, al amparo de lo dispuesto en el marco normativo y el Contrato suscrito entre ambas partes.
 - En esa línea, refiere que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima




permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica. Ello se puede apreciar en la referida guía:

<p>DISTANCIAS DE SEGURIDAD</p> <p>- Distancias entre conductores y cables (comunicación y suministro) tendidos en diferentes estructuras:</p> <p>a. A lo largo de la línea (paralelo)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Distancia vertical : 2.3 m <p>b. Al cruce entre líneas</p> <ul style="list-style-type: none"> o Distancia vertical (*) : 2.3 m <p>(*) Las líneas de comunicación se encuentran en el nivel más bajo.</p> <p>No se instalará fibra óptica en estructuras (postes de concreto y postes de madera) dañados.</p>		
<p>INSTALACIÓN DE CABLES DE COMUNICACIÓN EN ESTRUCTURAS DE A.T.</p>		
	<p>GUÍA PARA INSTALACIÓN DE FIBRA ÓPTICA</p>	<p>LI-2-550</p>

- En consecuencia, manifiesta que AZTECA PERÚ no puede pretender que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios cuando los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que ello no es posible. Ciertamente, AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía cuando menos desde octubre de 2016, fecha en la cual se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico. Remite a su carta una copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde se remite, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.
- Además, señala que siendo ello así, le llama poderosamente la atención que luego de varios años de suscrito el Contrato, y teniendo conocimiento pleno de las reglas de operación y mantenimiento de la estructura eléctrica de ENEL, AZTECA PERÚ pretenda transgredir dichos estándares e incumplir lo acordado expresamente en el Contrato (Cláusula Décima) a partir de la comentada exigencia en su Solicitud.
- De otro lado, señala que aquello que solicita AZTECA PERÚ también generaría un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión a ENEL, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Además, indica que ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.
- Refiere para un mayor detalle de la imposibilidad técnica de albergar a tres (3) arrendatarios en la infraestructura de ENEL, remitirse a lo desarrollado en su Informe Técnico.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 128 de 200

- Asimismo, manifiesta sobre la base de lo anterior, que AZTECA PERÚ no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultaría perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos.
- En dicho escenario, indica que los postes de alta tensión -tal como estos son reconocidos por OSINERGMIN- no pueden acoger tres (3) arrendatarios.
- Siendo ello así, refiere que AZTECA PERÚ ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios, solicitando una adecuación que incluya el máximo número de usuarios que el OSIPTEL ha considerado anteriormente en los informes citados por AZTECA PERÚ en la Solicitud. Como ha demostrado, existe una imposibilidad en lo requerido por dicha empresa.

Por todo lo expuesto con anterioridad, solicita al Consejo Directivo de OSIPTEL que declare IMPROCEDENTE la solicitud de AZTECA PERÚ.

4.3.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 24.11.2017):


4.3.3.1 La modificación del valor de las variables "f" y "m" de la fórmula debe integrarse a la nueva contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica.

AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL ha señalado que la modificación de los valores de las variables "f" y "m" dispuestas por el Viceministerio de Comunicaciones por Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), no modifica la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica que fue establecida en el Contrato de Compartición. Así pues, indican que la contraprestación fue pactada para que no se modifique de modo alguno durante un plazo de tres (3) años, por lo que, a su criterio, exigir que sólo se cobre la remuneración máxima establecida legalmente, vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado.

AZTECA PERÚ señala que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo la cuales fue suscrito el contrato que vincula a ENEL y AZTECA PERÚ. Precisan que, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas¹⁰⁴ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y

¹⁰⁴ Al respecto, "desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción" [ESCOBAR ROZAS, Fredy y



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 129 de 200

operación de la Red Dorsal, entre ellas, la existencia de una contraprestación máxima regulada y la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial¹⁰⁵, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, ENEL conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que lo planteado respecto a la modificación de la contraprestación originalmente pactada de modo que se integren los nuevos valores de las variables "f" y "m" dispuesto por la Resolución Viceministerial, en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación. AZTECA PERÚ no está solicitando al Consejo Directivo que interprete o declare la nulidad de lo dispuesto en el Contrato de Compartición (porque éste no es el fuero competente), sino que proceda a emitir un mandato que modifique las condiciones económicas que inicialmente fueron establecidas (en base a un cálculo erróneo), tal como se lo planteó inicialmente a ENEL.

En atención a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado, conforme a la Metodología, el Consejo Directivo deberá aplicar los valores de los factores "f" y "m" dispuestos en la Resolución Viceministerial y también deberá incluir en su mandato una disposición que sea clara en señalar que el valor de la contraprestación, en tanto coincida con el precio máximo regulado, podrá reducirse en el tiempo si es que la autoridad competente dispone nuevamente la modificación de dichas variables u otras.

4.3.3.2 Sobre el valor del factor "Na" de la metodología.


AZTECA PERÚ señala que según ENEL la pretensión de AZTECA PERÚ de que, al calcular la nueva contraprestación, se emplee un valor igual a tres (3) para el factor "Na", no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Añade que la Resolución Viceministerial no modificó el valor del factor "Na", ni precisó que este debía entenderse como igual a tres (3).

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que el valor del factor "Na" siempre fue considerado en la Metodología con un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento. Por ello, en el presente caso, AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se aplique un nuevo valor al factor "Na", como consecuencia de la publicación de la Resolución Viceministerial, sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contra prestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL.

Guillermo CABIESES CROVETTO. "La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad". En: *Ius Et Veritas*. N.º. 2013, p. 121].

¹⁰⁵ El Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación: "Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 130 de 200

Asimismo, indica que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el "MTC") estableció que el referido costo incremental se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una relación entre las variables "f" (peso adicional de cables de los arrendatarios) y "Na" (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.

Indican que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el "Informe económico"), como se observa a continuación:

"El Informe que sustenta dicho dispositivo (Informe No 292-2017-MTC/26, el "Informe No. 292") no deja lugar a dudas que existe una relación directa entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios de apoyos) y Na (número de apoyos o arrendatarios): la medición de la variable f consideró que el número de apoyos es igual a 3, es decir Na (número de arrendatarios=3).


Esta interdependencia entre la variable f y el Na obedece a la racionalidad económica prevista en la Ley No. 29904 y su reglamento, que busca incrementar la penetración de Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

En ese sentido, el valor de $f = 18.3\%$ de la RVM de 2017 debe, necesariamente y tal como lo señala dicho Informe, entenderse que equivale al costo adicional que 3 apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica y, por tanto, la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a la 1/3 parte de ese resultado; es decir a $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$.

El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, el "Reglamento"), se consideró que el valor de f correspondía a un acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y Na también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de $f = 4.3\%$ considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.)"¹⁰⁶ (El resultado y subrayado es de AZTECA PERÚ).

¹⁰⁶ Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 131 de 200

Indica que como explicaron en su Escrito No. 1, la lógica económica detrás de la interrelación directa de los factores “f” y “Na” y, por lo mismo, que la única alternativa razonable para la determinación de los precios máximos de compartición sea asignarle un valor de tres (3) a esta última en el caso de infraestructuras de media y alta tensión se encontraba explicada por el propio MTC en el Informe No. 292-2017-MTC/26. El economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

“El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y Na (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la Fórmula y de la metodología aplicada por el Estado peruano a través de ella, era determinar cuál es el costo incremental que le ocasiona a una torre o poste eléctrico el apoyar un cable de fibra óptica de un operador de telecomunicaciones. El criterio finalmente usado por el MTC fue asumir que el costo incremental está en función directa del peso incremental que dicha fibra óptica causa en la instalación eléctrica.

En concordancia con la sección 2.4 del referido Informe, el MTC afirma que, en la Fórmula del Reglamento (publicado y vigente desde el 2013), el criterio de peso o espacio a través del cual se mide f consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a 3, es decir $N_a = 3$. Así, el valor $f=20\%$ acumula el peso de 3 cables (arrendatarios) de fibra óptica en un determinado poste o torre, y por lo tanto la remuneración a pasar por cada apoyo era igual a $f/N_a = 20\%/3 = 6.67\%$,

Similarmente, la sección 2.5 del Informe, que sustenta la RVM No. 768-2017-MTC/03, también considera que el número de arrendatarios de apoyos es igual a 3. Más específicamente el MTC estima la siguiente relación f (p. 12):


$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times \text{Peso promedio por cable FO}}{\text{Peso promedio línea de transmisión}} = (\text{Fórmula 2})$$

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times 139.23 \text{ kg/cable}}{2,279.98 \text{ kg}} = 18.3\%$$

Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es 18.3%, y por tanto la remuneración por el acceso y uso de cada apoyo es igual a $f/N_a = 18.3\%/3 = 6.1\%$.¹⁰⁷ (Énfasis y subrayado agregados)

¹⁰⁷ Ver Informe económico, p. 7.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 132 de 200

AZTECA PERÚ señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017¹⁰⁸, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3) para los postes de media y alta tensión.

Manifiesta que no obstante lo claro que resulta que el factor "Na" es igual a tres (3), pues se encuentran en función al valor señalado para la variable "f" (peso correspondiente a tres cables de fibra óptica), lo que ha sucedido es que se ha aplicado incorrectamente la Metodología. Ello, puesto que se consideró un costo incremental que correspondía al peso de tres (3) cables de fibra óptica (valor de "f"), pero únicamente con la existencia de un cable ("Na" = 1), lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, asumieran un costo tres (3) veces mayor al que les correspondía.


"La interpretación práctica de la Fórmula tarifaria del Reglamento ha sido incorrectamente entendida en las negociaciones bilaterales entre operadores de telecomunicaciones y empresas eléctricas, debido a que el valor del parámetro f había sido interpretado por las partes como que correspondía al alquiler de 1 sólo apoyo, cuando en realidad la regulación considera el costo adicional de 3 apoyos para cables de fibra óptica. En otras palabras, para la remuneración de 1 apoyo se utilizó valores correspondientes a la cuarta columna del cuadro, en lugar de los valores establecidos en la quinta columna.

De allí que las remuneraciones efectivamente pagadas por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) a las eléctricas privadas están muy por encima de las que resultarían si se utilizara la Fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como ha sido señalado con claridad al sustentar las modificaciones plasmadas ahora en la RVM No. 768 de agosto de 2017.

La manera más expedita de la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 la remuneración mensual (RM) que actualmente se viene pagando, debido a que se había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52

¹⁰⁸ https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metodologia_M_y_F.pdf (revisado el 20 de noviembre de 2017)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 133 de 200

mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes (= \$152.0/3).¹⁰⁹

AZTECA PERÚ manifiesta que, la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

Indica que dicha situación debe ser revertida, siendo el caso que AZTECA PERÚ solicitó, sin éxito, la modificación de la contraprestación señalada en el Contrato de Compartición; motivo por el cual solicita la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL para que, mediante la emisión de un mandato, determine correctamente la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar a favor de ENEL por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, atendiendo al marco normativo vigente y los principios legales y económicos que rigen tal relación de compartición.

Señala que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas). Dicha fórmula siempre debe proteger la eficiencia económica por la compartición de la infraestructura y resguardar que el operador de telecomunicaciones únicamente pague un monto por el espacio que, al diseñar y plantear la Metodología, se estimó que ocuparía la infraestructura compartida.


En dicho escenario, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL (a través de la emisión de un mandato) debe resguardar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y el cumplimiento de las normas aplicables, garantizando que las condiciones económicas por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica y, con ello, los operadores de telecomunicaciones únicamente paguen por el espacio que ocupan sus cables de fibra óptica.

Señala también que se debe tener en cuenta que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste permitirá una reducción de tarifas que beneficiará a incrementar la penetración de la banda ancha en zonas de preferente interés nacional del país.

"La reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión también beneficiará directamente a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a

¹⁰⁹ Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 134 de 200

los proveedores de acceso a Internet, debido a que se reducirán costos en sus estructuras de producción, coadyuvando de esta manera a alcanzar los objetivos del Estado peruano tendientes a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país; uno de los principales objetivos que justamente buscó el Estado peruano alcanzar a partir de la promulgación de la Ley No. 29904 y su Reglamento. El efecto de la disminución de tarifas de apoyos generará una caída en el costo marginal de la industria, lo cual se traducirá en aumentar el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida).

(...)

El efecto de la caída en el costo marginal -a consecuencia de la reducción de remuneraciones de arrendamiento de apoyos- es que aumenta el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), equivalente a la suma de las áreas sombreadas en color amarillo (B+C+D+E), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida)¹¹⁰

Asimismo AZTECA PERÚ indica que incluso, el Informe económico corrobora que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica cobrada a AZTECA PERÚ se encuentra muy por encima de las tarifas fijadas en otros países de la región, lo cual demuestra un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas, que se encuentran estableciendo una barrera económica al acceso y uso de una facilidad esencial, como es su infraestructura eléctrica, para el despliegue de la Red Dorsal.

"Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile"¹¹¹


"La presencia de remuneraciones excesivas de postes y torres de alta y media tensión fijadas por las empresas privadas eléctricas, es decir remuneraciones muy por encima de aquellas competitivas existentes en otros países (basadas en costos incrementales más un margen de utilidad razonable), refleja un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos."¹¹²

¹¹⁰ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

¹¹¹ Ver Informe económico, p. 4.

¹¹² Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 135 de 200

AZTECA PERÚ manifiesta que ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor "Na" es igual a tres (3), dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizarla eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones cancele un monto mayor al que le corresponde por el espacio ocupado en las torres o postes de las concesionarias eléctricas.

En consecuencia, indican que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con ENEL, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor "Na" es igual a tres (3).


Finalmente, señalan que el Consejo Directivo debe reconocer que existe una diferencia respecto a aquellos casos de compartición de infraestructura eléctrica a favor de empresas de telecomunicaciones bajo el régimen general de la Ley N° 28295, en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°. 29904: bajo dicho régimen no existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos igual ni similar a la contenida en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.

Es decir, en aquellos casos los regulados por la Ley N° 28295 y su reglamento, las empresas tienen plena libertad de negociación en lo que respecta a la contraprestación, por lo mismo, el que se aplique correctamente o no la Metodología es irrelevante, pues lo que importa al final bajo dicho régimen es que ambas empresas estén de acuerdo en pagar el monto resultante.

Del mismo modo, señala que si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen OSIPTTEL aplicó o no la información y criterios correctos que correspondían en la Metodología, no afectaba el Interés público, porque dicho ordenamiento no prevé una regla de precios tope. Situación distinta se presenta en este caso, donde el Consejo Directivo debe resguardar el interés nacional y la necesidad pública que se ha reconocido en que el operador de la Red Dorsal no pague más de lo que el Reglamento ha establecido como "precio máximo" por el uso de la infraestructura eléctrica.

En ese sentido, solicitan que en este procedimiento el Consejo Directivo revise los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica de media y alta tensión bajo la Ley N°. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor "Na", en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de "precio máximo", sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 136 de 200

4.3.3.3 Informe denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", del 20 de noviembre de 2017.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe en el cual destaca la relación directa existente entre los valores de las variables "f" y "Na" expuesta en el Informe que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03 cuya interdependencia, basada en el hecho de que la medición de la variable f ha considerado un número de apoyos igual a tres, también se evidencia en el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03. En base a ello, se argumenta que el valor de la variable f igual a 18.3% debe entenderse como equivalente al costo adicional que tres apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica, de tal modo que la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a 6.1%, cifra que representa la tercera parte de dicho valor.

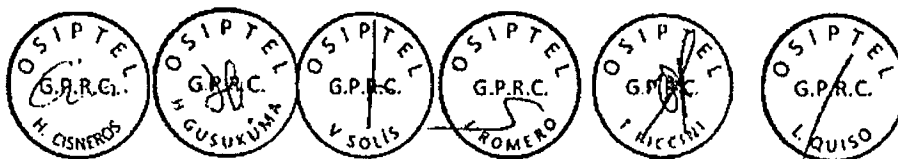
En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable.


Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

4.3.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

4.3.4.1 Respecto de la legalidad de la modificatoria de la retribución pactada.

En primer lugar, se debe señalar que el numeral 5 y 6 de la Cláusula Primera del referido contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y ENEL, hace mención al marco normativo principal bajo el cual se celebra el contrato, tal como se observa a continuación:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 137 de 200

- (5) En cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada mediante Ley N° 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, AZTECA ha efectuado un requerimiento a EDELNOR para acceder y usar Infraestructura, tal como se encuentra definida en la Cláusula Segunda de este Contrato.
- (6) Después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo establecido por el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, AZTECA y EDELNOR han acordado suscribir el presente Contrato.

En ese sentido, tratándose la presente de una relación de compartición creada al amparo de la Ley N° 29904, la modificación, regulación o extinción del mismo debe sujetarse también a las disposiciones de dicha Ley. Cabe indicar que, respecto de la competencia del OSIPTEL para intervenir en la vía de mandato ante la falta de acuerdo de las partes para modificar condiciones del contrato respectivo, nos remitimos a lo señalado en el numeral 4.2.5.3 del presente informe.


De otro lado, en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (vigente desde el 05 noviembre del 2013) se detalla la fórmula que determinará el valor de dicha contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres), en el cual se señala entre otros aspectos, que los valores establecidos para las variables m, l, h, y f en dicho Anexo 1, podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones, tal como ocurrió a través de la reciente modificatoria aprobada por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 en agosto del 2017.

De manera complementaria, el artículo 30.4 del referido Reglamento señala también lo siguiente:

"30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas."
(El resaltado es nuestro).

De esta manera, la normativa bajo la cual las partes suscriben el contrato, salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos. Dicha disposición vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del Contrato, supone que no pueden co-existir en el mercado ciertos contratos, con valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo, con otras relaciones de compartición (contratos o mandatos) con valores de contraprestaciones que



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 138 de 200

resulten menores a dichos valores inamovibles, en el caso de modificatorias a los valores de los parámetros m, l, h, y f de la fórmula establecida en el referido Anexo 1, que sean consideradas sólo para algunos contratos.

Dicha situación podría significar eventualmente un trato discriminatorio por efectos de un menor precio fijado en otras relaciones de participación, en las que si se hayan considerado los valores vigentes para los parámetros m, l, h, y f, al momento de la suscripción de algún otro contrato, o de la emisión de un mandato de participación, en la que también intervenga el mismo concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos que tiene pactado con otro operador de telecomunicaciones, contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo. Claramente dicha situación atenta contra el referido principio de "No Discriminación" que subyace al referido artículo 30.4 del Reglamento de la Ley Nº 29904, normativa conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.


De otro lado, el numeral (1) de la Cláusula Cuarta del contrato suscrito por las partes, referida a la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL, señala lo siguiente:

"(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales." (El resaltado es nuestro).

Como se observa, en el citado texto del contrato se señala la intención de las partes de sujetarse a la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, y no de desconocerla. No obstante, dicho texto señala también que se deberá revisar los importes fijados de acuerdo a las nuevas condiciones legales existentes luego de tres años de vigencia mínima. Esto último resulta contradictorio con el principio de "No Discriminación" señalado anteriormente, y con la observancia, sin restricciones, de la aplicación de la metodología señalada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904.

En conclusión, el numeral (1) de la referida cláusula restringe en el tiempo la aplicación de la referida metodología, por lo que no puede ser considerado como "términos válidamente pactados por las partes" tal como lo señala ENEL, por contraponerse al Reglamento de la Ley Nº 29904, en cuanto a la fijación y aplicación de contraprestaciones, norma vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 139 de 200

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, considerando las modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ.

4.3.4.2 Respeto del número máximo de arrendatarios señalados por ENEL.

Respecto de que la infraestructura de ENEL está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas, se debe enfatizar que la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos. Ello debido a que la premisa utilizada en la determinación de la fórmula para dimensionar el costo incremental del operador eléctrico, era considerar a tres (3) arrendatarios, tal como se explicó anteriormente.


Asimismo, el informe técnico presentado por ENEL, concluye entre otros aspectos que:

"El número de arrendatarios (3) definidos en la Metodología para determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica (Informe 292-2017-MTC/26) solo es aplicable para postes de 9 y 11m y no para estructuras de alta tensión." (El resaltado es nuestro).

Al respecto se debe señalar que distintas empresas concesionarias de servicio público de energía eléctrica han remitido información al OSIPTEL, en respuesta a un requerimiento de información en el año 2016, en la cual se evidencia que el número máximo de arrendatarios a los que se puede dar acceso a una infraestructura de alta tensión es mayor a uno (01). A continuación se detallan algunos ejemplos extraídos de la información remitida:

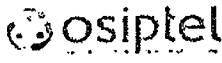
Operador eléctrico con estructuras de alta tensión	Código de Infraestructuras de soporte eléctrico de alta tensión	Número máximo de arrendatarios (*)	Altura (m)	Documento
ADINELSA (Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.)	Poste/Torre de acero: PA18/9900 PA21/7000 PA22/6550 PA25/6000 PA26/6150 Postes de concreto armado: PC16/1300 PC19/1300	2	16, 18, 19, 21, 22, 25 y 26	C.393-2016-GT-ADINELSA recibida el 25.10.2016
CONENHUA	Torre de acero:	2	20,22,2	Carta



 osiptel	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 140 de 200
	INFORME	

(Consortio Energético de Huancavelica S.A.)	TA060SIR1D1C1120FS±0 TA060SIR1D1C1120FS+6 TA060SIR1D1C1120FA±0 TA060SIR1D1C1120FB+3 TA060SIR1D1C1120FR±0 TA060SIR1D1C1120FR+3 TA060SIR1S1C1120FS±0 TA060SIR1S1C1120FS+6 TA060SIR1S1C1120FA±0 TA060SIR1S1C1120FB+3 TA060SIR1S1C1120FR±0		3,26 y 28	CONENHUA-GG-120-2016 recibida el 26.10.2016
EGASA (Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.)	Estructura de Acero: PA25/9700 PA29/5450 PA31/5400	4	25, 29 y 31	Carta C.GG-0366/2016-EGASA recibida el 03.11.2016
EGESUR (Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A.)	Estructura de Acero: PA21/1650 PA21/2750	2	21	Carta C.C-G-1912-2016/EGS recibida el 07.11.2016
ELECTRO DUNAS (Electro Dunas S.A.A.)	Postes de concreto: PC18/600 Estructuras de acero galvanizado de 22 y 35 m.	4	18, 22 y 35	Carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23.11.2016
ELECTRO PUNO (Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad - Electro Puno S.A.A.)	Estructura de Acero: PC21/600	3	21	Escrito S/N recibido el 14.10.2016
PROYECTO PEOT (Gobierno Regional de Lambayeque)	Torre de acero: TA060SIR1S1C1120A+3 TA060SIR0D1C1120S+3 TA060SIR0D1C1120S±0 TA060SIR1S1C1120S+3 TA060SIR1S1C1120B±0 TA060SIR1S1C1120B-3	2	16, 19 y 22	Oficio 1329-2016-GR.LAMB/PEOT recibido el 20.10.2016
SAN GABAN (Empresa De Generación Eléctrica San Gabán S.A.)	Poste de Acero: PA25/1200 PA25/4400 PA25/4450 PA25/7000	2	25	Carta C.EGESG N° 605-2016-GG recibido el 28.10.2016
ELECTRO ORIENTE (Empresa Regional)	Poste de Concreto: PC21/400 PC21/1400	5	19, 21, 23, 25, 26, 29	Carta C.G-1430-2016 recibida el 25.10.2016



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 141 de 200
	INFORME	


de Servicios Públicos de Electricidad del Oriente S.A.)	PC25/400 PC25/3400 Poste de Acero: PA19/5250 PA19/8300 PA21/800 PA21/5450 PA23/9400 PA23/15150 PA25/700 PA25/8100 PA26/5500 PA26/15800 PA29/1250 PA29/8750 PA31/5400		y 31	
---	--	--	------	--

(*) Se solicitó expresamente a las empresas, el número máximo de arrendatarios (concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones) a los que sea factible dar acceso por cada uno de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres) consignados por su representada en el presente cuadro, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas que resultarán aplicables.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se debe señalar que como parte del presente pronunciamiento, no se requiere determinar si efectivamente los postes y torres de ENEL, técnicamente pueden dar acceso como máximo a un (01) arrendatario o más arrendatarios, debido a que, como se indicó anteriormente, la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos, al margen del caso particular de ENEL, cuyos postes y torres, según lo señala dicha empresa, cada uno son de diferente tipo y con capacidades distintas.

Es importante también señalar que la determinación del valor de la retribución mensual por parte del OSIPTTEL, considera el pago que debe realizar un arrendatario por instalar un cable de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico. Por ejemplo, si hipotéticamente ENEL modificara su infraestructura, y le fuera factible dar acceso a dos o tres arrendatarios, la retribución mensual sería la misma ya que fue fijada por arrendatario. Así, ENEL podría cobrar en total, el doble o el triple de dicha retribución fijada por el OSIPTTEL, dependiendo el número de arrendatarios con los que cuente. Cabe también señalar, que los costos incrementales generados por cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, tal como se detallara ampliamente más adelante, por lo que en el caso de que ENEL tenga siempre un arrendatario, sólo se habrían generado los costos incrementales atribuibles a dicho arrendatario.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 142 de 200

4.3.4.3 Respetto del valor de retribución mensual y del número de arrendatarios.

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual).

El Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de la contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental), asignable a cada arrendatario.


De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicaciones por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin compartición). Así, cada cable que se instala en la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobrecosto del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

Es decir, si en un momento determinado dos arrendatarios accedieran a un mismo poste o torre, generarían en conjunto un costo incremental de 12,2% del costo de operación y mantenimiento habitual, y si fueran tres arrendatarios generarían, en conjunto, como costo incremental, un 18,3% del costo de operación y mantenimiento habitual; y así sucesivamente, hasta completar la cantidad máxima de arrendatarios que pueda soportar una determinada infraestructura de soporte eléctrico.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), en



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 143 de 200

algunos casos, aun considerando el costo incremental total por el acceso de tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

Nº	CODIGOS DE LAS BASES DE DATOS MOD INV_2017 O SICODI	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Monto pagado por 03 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Monto pagado por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	EA060COU0S0-300-A2	68.70	53.57
2	EC060COU0D0-300-S1	9.50	53.57
3	EMSU1P60C1	8.50	53.57
4	PPC20	1.50	4.74
5	PPC24	1.90	4.74
6	PPC35	0.30	1.79
7	PPC38	0.30	1.79
8	PPC40	0.40	1.79

Nota:

(*) Para efectos de comparación, se utilizó un tipo de cambio de soles por dólar de S/3.31, correspondiente al 09 de noviembre de 2015.

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están, en todos los casos, muy por debajo de los precios acordados en el contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

Construcción de la fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual

El valor de la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (RM), según lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y modificatoria, se determina aplicando la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiera).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.


B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 144 de 200

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para baja tensión y 18,3% para media y alta tensión.

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h/12 \times BT$	Medla Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP : Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m : 77% para baja tensión y 84,3% para media y alta tensión.

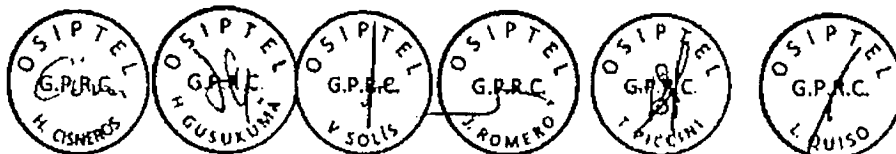
(Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).


l : 7,2% para baja tensión.

h : 13,4% para media o alta tensión.

Asimismo, la aplicación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, da como resultado la contraprestación mensual que corresponde aplicar, por el acceso y uso de cada poste o torre, a un único operador de telecomunicaciones por la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Esta definición se basa en la premisa que cada operador que accede a la Infraestructura de soporte eléctrico, instalará un (01) cable de comunicación, por lo que si algún arrendatario requiere instalar más de un cable de comunicación en el referido poste o torre, éste deberá pagar tantas veces el monto de la contraprestación mensual unitaria que se determine como cables haya instalado en dicho poste o torre.

Cabe señalar, que mediante la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de agosto del 2017, el MTC modificó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, referida anteriormente, en cuanto a los valores de los parámetros "f" y "m", siendo los valores indicados anteriormente, los vigentes a la fecha.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 145 de 200

De manera específica, respecto del parámetro "f" se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificación	Con la modificación
f = 20% (para baja, media y alta tensión)	f = 20% (para baja tensión)
	f = 18,3% (para media y alta tensión)

Dicho componente representa la fracción del costo de OPEX mensual de la infraestructura sin compartición (componente denominado "OMs"), que equivale al OPEX que se genera de manera adicional como consecuencia de la compartición (componente denominado "OMc").

De otro lado, respecto del parámetro "m" que expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificación	Con la modificación
m = 77% (para baja, media y alta tensión)	m = 77% (para baja tensión)
	m = 84,3% (para media y alta tensión)


Valor que corresponde considerar como "Na" (número de arrendatarios).

Refiriéndonos concretamente a la normativa vigente, la lectura de la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 nos permite concluir que, la retribución mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientado al costo económico incremental adicional, en el que incurre el operador eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación; el cual fue dimensionado por el MTC en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico (resultado de dividir 139,23 Kg/Km entre 2.279,98 Kg/Km), en un escenario sin compartición.

En efecto, en la exposición de motivos de la resolución que aprueba los nuevos valores para "f" y "m", según lo detallado anteriormente, se señala el siguiente texto:

“...
Para el cálculo de la variable "f" utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio. De modo que el valor variable "f" utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 146 de 200

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\frac{3 \times 139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

De los resultados obtenidos tenemos que el valor de "f" según el criterio de pesos es de 18,3% y según el criterio de espacios (metodologías del 2013) es de 17%.

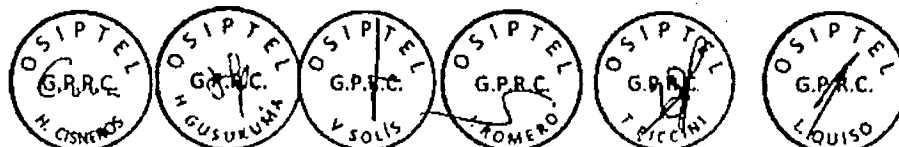
A fin de determinar la variable "f", esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18,3%, válido para Media y Alta tensión." (Lo resaltado es nuestro).


Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26^[113], el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo Incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 cables de comunicación.

Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto publicado para comentarios en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de febrero del 2017, según lo dispuesto por la Resolución Vice Ministerial N° 133-2017-MTC/03, en el cual se propuso un valor de "f" = 5,8%, debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de "f" = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución N° 788-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)

¹¹³ De fecha 04 de agosto de 2017, disponible en la página web del MTC http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metodolog%C3%ADa_M_y_F.pdf



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 147 de 200

Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3 , el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)
--	--

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (03). En este punto es necesario señalar que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.

Criterio de eficiencia en la determinación de un "Na" = 3

Con un "Na" = 03, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta mensual, el costo incremental individual originado por instalar su propio medio de comunicación (01 cable); y el arrendador recibirá de este específico arrendatario, el monto equivalente al costo adicional por el uso de su infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de un "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se generan distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros.

A modo de ejemplo, si un poste o torre puede albergar hasta dos (02) operadores, la aplicación de un "Na" = 02 deriva en que la Renta Mensual calculada esté sobredimensionada (pues el costo incremental total está dimensionado para 03 cables de comunicación). En ese escenario, el arrendatario pagará más respecto de lo que debió haber pagado. Sin embargo, si aplicamos un "Na" = 03, obtenemos un valor de contraprestación mensual atribuible a un (01) cable de comunicación.

De otro lado, con fines ilustrativos, se muestra como la aplicación de un valor del número de arrendatarios "Na" = 03, determina un valor de contraprestación mensual consistente con el costo incremental generado por el acceso de un (01) arrendatario en un poste que como máximo permite instalar dos (02) cables de fibra óptica. Adicionalmente, en este caso asumimos que el costo de operación y mantenimiento adicional originado por cada operador de telecomunicaciones es de US\$ 5 dólares por arrendatario que instala un cable de fibra óptica. En ese sentido, el costo de operación y mantenimiento adicional total es de US\$ 10 dólares por el acceso de dos arrendatarios.

En este caso, la aplicación del parámetro "f" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor



del número de arrendatarios "Na" = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

Es importante notar, en este ejemplo, que el considerar un "Na" = 02 implica que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares por arrendatario, sino de US\$ 7,5 dólares (15/2); es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional es de US\$ 10 dólares (por los dos arrendatarios), terminaría cobrando en conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

Del mismo modo, para el caso de un poste que permite instalar cinco (05) cables de fibra óptica, la aplicación del parámetro "f" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y un "Na" = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, el considerar un "Na" = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

A continuación se muestra un cuadro comparativo entre las rentas mensuales totales que recibiría el operador eléctrico, considerando un "Na" = 3 en todos los casos, y la situación en la que consideramos un "Na" distinto de 03, a partir de un costo de operación y mantenimiento (OPEX) mensual sin compartición de US\$ 82 dólares (componente OMs de la fórmula anteriormente referida).

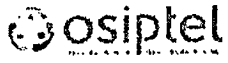
Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (*)	Renta total con "n" = 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferencial (RM total 1 - costo)	Diferencial (RM total 2 - costo)	Impacto en costo de compartición
5	25,0	15,0	5,0	25,0	3,0	15,0	0,0	-10,0	40%
4	20,0	15,0	5,0	20,0	3,8	15,0	0,0	-5,0	25%
3	15,0	15,0	5,0	15,0	5,0	15,0	0,0	0,0	0%
2	10,0	15,0	5,0	10,0	7,5	15,0	0,0	5,0	-50%
1	5,0	15,0	5,0	5,0	15,0	15,0	0,0	10,0	-200%

Notas:

(*) Por simplicidad en este ejercicio, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin compartición (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(**) Por simplicidad en este ejercicio, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas), a fin de visualizar claramente el efecto del cambio en el valor del "Na".



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 149 de 200

Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de "Na" igual a 03, independientemente del tipo de poste y cantidad de cables que pueden ser instalados, el costo incremental total generado es consistente con la renta total a ser cobrada por el operador eléctrico; mientras que considerando cualquier otro valor para "Na" se perjudica económicamente al operador eléctrico o al operador de telecomunicaciones, lo que constituye una solución sub óptima desde el punto de vista de eficiencia económica (lo que se paga por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición).

En efecto, como se observa en el cuadro anterior, si se considera un "Na" menor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Por ejemplo, si el valor del "Na" es 2, entonces el operador de telecomunicaciones paga más del 50% extra al costo incremental, y si el valor del "Na" es 1 entonces paga el triple del costo incremental que le corresponde (200% extra). De otro lado, si se considera un "Na" mayor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde. Es decir, si por ejemplo el valor del "Na" es 4 el operador de telecomunicaciones paga un 25% menos del costo incremental, mientras que si el valor del "Na" es 5 paga un 40% menos. Como se observa, el impacto en el costo de compartición es considerablemente alto cuando se considera un valor de "Na" diferente a 03, para cualquier caso.

Como se expuso, la aplicación de un "Na" = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga exactamente al costo incremental individual atribuible al arrendatario es consistente con la naturaleza de la normativa vigente.


Naturaleza y objetivo de las disposiciones normativas aplicables.

La aplicación de un valor de "Na" (cantidad de arrendatarios) igual a tres (03), está alineada con el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario, es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos:

El artículo 7 de la Ley Nº 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹¹⁴, señala como uno de los principios el siguiente:

¹¹⁴ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de julio de 2004.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 150 de 200

"Onerosidad de la Compartición.- Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable." (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición.

Complementariamente, el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295¹¹⁵, establece como uno de los principios de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que:

"(...) toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular." (Lo resaltado es nuestro).

En atención a dicho artículo, la renta mensual que debe pagar un beneficiario (arrendatario), debe retribuir únicamente el costo incremental generado por dicho beneficiario.

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica¹¹⁶, señala que:

12.3 "El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que actúan como concedentes de los servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes por carretera y ferrocarriles, respectivamente, establecen dentro de sus respectivas regulaciones, los mecanismos para el reconocimiento de los costos incrementales en los que incurran sus concesionarios a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo." (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la normativa reconoce la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, en estricto.

Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904¹¹⁷ señala que:


20.2 "El reconocimiento de los costos incrementales, tanto de inversión como de operación y mantenimiento, considerará mecanismos que reflejen costos eficientes, así como las condiciones reales de mercado y de obra." (Lo resaltado es nuestro).

¹¹⁵ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de marzo de 2005.

¹¹⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de Julio de 2012.

¹¹⁷ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 151 de 200

Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.

En conclusión, de acuerdo a lo expuesto, en función de sus facultades, el OSIPTEL establece que el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03), lo cual es consistente con los criterios de fijación de precios de la normativa en general.


b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a ENEL.

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a ENEL, entre otros, información de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, la cual fue remitida mediante carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 3 de noviembre de 2017.

Las referidas estructuras corresponden a postes de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, siendo un total de 4,321 estructuras de soporte eléctrico, instaladas en diversos distritos del departamento de Lima y de la provincia constitucional del Callao. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ENEL:

Nº	CÓDIGOS DE "MOD INV 2017" Y/O "SIGOD"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS (POSTE)	NIVEL DE TENSIÓN REPORTADA (BT, MT, AT)	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE POSTES
1	EA060COU0S0-300-A2	Metálico	AT	18	212
2	EC060COU0D0-300-S1	Concreto	AT	19	112
3	EMSU1P60C1	Madera	AT	18	371
4	PPC20	Concreto	MT	13	1,326
5	PPC24	Concreto	MT	15	809
6	PPC35	Concreto	BT	8	254
7	PPC38	Concreto	BT	9	267
8	PPC40	Concreto	BT	11	970



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 152 de 200

Sobre esa base, se muestran los precios de las Infraestructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro, así como la descripción de dichas infraestructuras, considerando las bases de datos de OSINERGMIN, las cuales corresponden a 3 códigos de la base de datos "MOD INV_2017" y a 5 códigos de la base de datos "SICODI":

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	DESCRIPCIÓN DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	PRECIO CIF UNITARIO (US\$, sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	EA060COU0S0-300-A2	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	17,210.08	MOD INV_2017
2	EC060COU0D0-300-S1	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	2,375.70	MOD INV_2017
3	EMSU1P60C1	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,141.56	MOD INV_2017
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	364.69	SICODI
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	476.76	SICODI
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	136.80	SICODI
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	159.17	SICODI
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	206.03	SICODI

De esta manera, considerando en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, los referidos precios de las infraestructuras de soporte eléctrico y las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (°) (US\$, sin IGV)
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	21.80
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	3.00
3	EMSU1P60C1	AT	2.70
4	PPC20	MT	0,46



5	PPC24	MT	0,60
6	PPC35	BT	0,10
7	PPC38	BT	0,11
8	PPC40	BT	0,15

Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América.


Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada poste de ENEL por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.

Cabe señalar, que los referidos valores de retribución mensual por arrendatario es el resultado de los siguientes cálculos:

- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada torre, multiplicamos el precio CIF unitario de cada torre extraído de la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de **1,843** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), dando como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- A fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de **0,134** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de **0,183** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 03 arrendatarios. Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos (US\$), sin IGV, corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación de la retribución mensual por arrendatario establecida, así como, los



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 154 de 200

valores de retribución mensual por cada arrendatario, para cada una de las 4,321 estructuras de soporte eléctrico que ENEL arrienda a AZTECA PERÚ.

4.3.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.3.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 4 recibido el 06.02.2018).

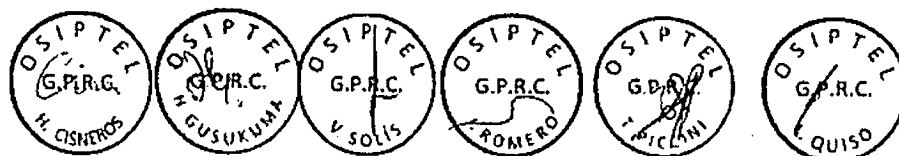
A. SOBRE LA RETRIBUCIÓN POR EL USO DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA


AZTECA PERÚ manifiesta que en el Proyecto de Mandato, se señala que la retribución por el uso de infraestructura eléctrica está definida como un pago que se sustenta en los costos adicionales por la operación y mantenimiento (costo incremental) asignable a cada arrendatario cuyo cable de comunicación es soportado en los postes o torres de la empresa eléctrica. En esa línea, manifiesta que se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de la infraestructura. En consecuencia, el valor que corresponde considerar como "Na" es tres (3), en tanto el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) arrendatarios, por lo que la aplicación de dicho valor genera que la contraprestación sea la que realmente corresponde abonar por el espacio que ocupa un cable en la infraestructura.

Asimismo, AZTECA PERÚ manifiesta que también sostuvo que el valor del factor "Na" es igual a tres (3). En efecto, se argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, señala que resulta evidente para cualquiera que revise la operatividad de la Metodología que existe una relación directa entre las variables "f" (peso adicional de cables de los arrendatarios) y el denominador "Na" (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica necesariamente tiene que guardar coherencia con el número de cables.

Manifiesta que coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL, en el extremo referido a que el valor que le corresponde asumir al factor "Na" es tres (3), a fin de que la Metodología cumpla con el principio de eficiencia y cada arrendatario abone el costo incremental que se genera por operación y mantenimiento de la infraestructura que soporta un cable de fibra óptica.

Además, indica que se debe recordar que el MTC ha sido claro al establecer que, luego de analizar las características propias de los soportes eléctricos que se suelen emplear, optó por diseñar la Metodología bajo la presunción general de que éstos tienen la capacidad de albergar tres (3) cables de comunicaciones. Por consiguiente,



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 155 de 200

para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y eficiente, reflejando únicamente el costo incremental que se genera por el espacio que ocupa cada arrendatario, tiene que considerarse (obligatoriamente) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, señala que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3).

Adicionalmente señala que es importante y necesario que el Consejo Directivo reconozca que, desde que se aprobó la Metodología mediante el Reglamento en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador "Na" era igual a tres (3). Ello se evidencia claramente en el Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor "f", tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que en promedio todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.


De este modo, señala que si bien el Informe No. 251-2013-MTC/26 reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, claramente el MTC decidió que, para efectos de regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), como se puede observar a continuación:

"Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)

En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; asimismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos, por ejemplo, para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f del 20% que implica un margen de seguridad razonable: respecto al 15% calculado." (subrayado y énfasis agregados)

Refiere que en ese orden de ideas, el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017, que sustenta la Resolución Viceministerial, sólo sigue la pauta regulatoria ya establecida por el MTC en el Informe No. 251-2013-MTC/26, afirmando que el criterio de peso o espacio a través del cual se mide la variable "f" consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a tres (3), es decir "Na" igual a tres (3). De ese modo, el Informe No. 292-2017-MTC/26 esclarece las dudas que podría



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 156 de 200

tenerse sobre el valor del denominador "Na", ratificando que el valor correcto para su aplicación en la Metodología es tres (3).

Lo anterior señala que es explicado claramente en el Informe Económico denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", de 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el "Informe económico"), que se adjuntó como Anexo 2-B de su Escrito No. 2.

Manifiesta además que corresponde que el Consejo Directo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado en el presente caso, precise que el valor del "Na" igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento, remitiéndose en primer lugar al Informe No. 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. En efecto, en la página 61 del Informe No. 00221-GPRC/2017 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL únicamente se hace referencia al Informe No. 292-2017-MTC/26, cuando el Informe No. 251-2013-MTC/26 del MTC fue la primera fuente en la que se establece que el costo incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.


Adicionalmente refiere que en línea con lo desarrollado anteriormente, corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que dicho valor (igual a tres) fue determinado de ese modo desde la emisión del Reglamento.

Asimismo, indica que lo solicitado previamente resulta trascendental pues, como señala en sus anteriores escritos, desde la entrada en vigencia del Reglamento y su Metodología, los operadores eléctricos y de comunicaciones debían haber asignado al denominador "Na" el valor de tres (3), conforme lo ha definido claramente el MTC. El haber estado facturando retribuciones calculadas en función a un "Na" igual a uno (1), ha implicado que se transgreda el mandato legal contenido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento; sin respetarse el precio máximo definido en el marco normativo aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento.

En consideración a lo expuesto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos, conforme ha sido desarrollado en este acápite:

- (i) El valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013- MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 157 de 200

- (iii) La contraprestación fijada inicialmente en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA PERÚ y ENEL excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

4.3.5.2 COMENTARIOS DE ENEL (Escrito s/n recibido el 06.02.2018).

- A. El Proyecto de Mandato establece que el denominador "Na" de la Fórmula es igual a tres (3), lo cual no tiene base normativa y carece de sustento técnico. Por lo tanto, no se justifica la modificación de la Retribución pactada en el Contrato**

ENEL manifiesta que sin perjuicio de que el presente procedimiento debe ser suspendido por encontrarse en curso el proceso arbitral referido anteriormente, a continuación expone el sustento por el cual la supuesta "nueva regla" de los tres (3) arrendatarios en el denominador "Na" de la Fórmula, carece de todo sustento legal y técnico.

A.1 Fijar el valor "Na" como igual a tres (3) arrendatarios carece de sustento normativo

Señala que el Proyecto de Mandato establece que *"no se requiere determinar si efectivamente los postes y torres de ENEL, técnicamente pueden dar acceso como máximo a un (1) arrendatario o más arrendatarios", debido a que "la determinación del valor del "Na" es tres (3) en todos los casos, al margen del caso particular de ENEL".*

Refiere además, que el Proyecto de Mandato señala que *"según se desprende de la lectura de la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03", se considera que un poste/torre "puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio".*

ENEL señala que la supuesta afirmación de la RVM es errónea e inexacta. La RVM fue publicada el 5 de agosto de 2017 y modificó el valor de las variables "f" y "m" previstas en el Anexo del Reglamento, conforme se puede apreciar:



El Periódico / Sábado 5 de agosto de 2017 **NORMAS LEGALES** 25

**"ANEXO I
METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE
LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO
Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS
CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE
ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS**

La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

- Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.
- Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.
- La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.
- La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMC \times B \times (1+m)$$

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
- OMC: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
- B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
- $B = 1/Na$
- Donde Na: número de arrendatarios
- m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMC = I \times OMs$$

I: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión
OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

CALCULO DE OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{I}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y Alta Tensión

BT Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

- TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía
 - m: 77% Para Baja Tensión y 84.3 para Media y Alta Tensión
 - Expresa el costo del montaje de las torres, postes o sumideros
 - h: 7.2% Para baja tensión h= 13.4% Para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para las variables m, h, y I podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese

CARLOS VALDEZ VELÁSQUEZ-LÓPEZ
Viceministro de Comunicaciones

1861411-1

Asimismo, manifiesta que en ningún extremo de la RVM se aprecia que la regla sea ahora considerar al denominador "Na" del factor "B" como igual a tres (3). Por lo tanto, señala que a la fecha, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no ha incorporado disposición alguna en el Reglamento donde establezca expresamente que la Fórmula debe incluir el valor de tres (3) arrendatarios¹¹⁸.


Refiere además, que el Reglamento no ha sufrido modificación normativa alguna respecto del valor del denominador, tal y como AZTECA PERÚ sostiene de forma errónea. Considerando que dicha norma no ha establecido que el denominador "Na" deba ser igual a tres (3), no existe tal "nueva regla" alegada por AZTECA PERÚ en su solicitud de mandato. En consecuencia, ENEL manifiesta que dicho argumento carece de base normativa y no corresponde entonces que se modifique la Retribución en el Contrato.

Indica que lo señalado por AZTECA PERÚ no está contenido en la normativa aplicable, ya que se base en un informe que no tiene rango de norma. En efecto, en el Informe Nº 292-2017-MTC/26 se analizó las variables de "m" y "f" que fueron utilizadas para la metodología del año 2013, y se precisó que para el criterio por espacio en la determinación de dichos valores se "consideró la posibilidad de tener tres (3) arrendatarios"¹¹⁹. Del mismo modo, el Informe Nº 292-2017-MTC/26 señaló que para la

¹¹⁸ De hecho dicho elemento no podía ser modificado a través de una resolución viceministerial.

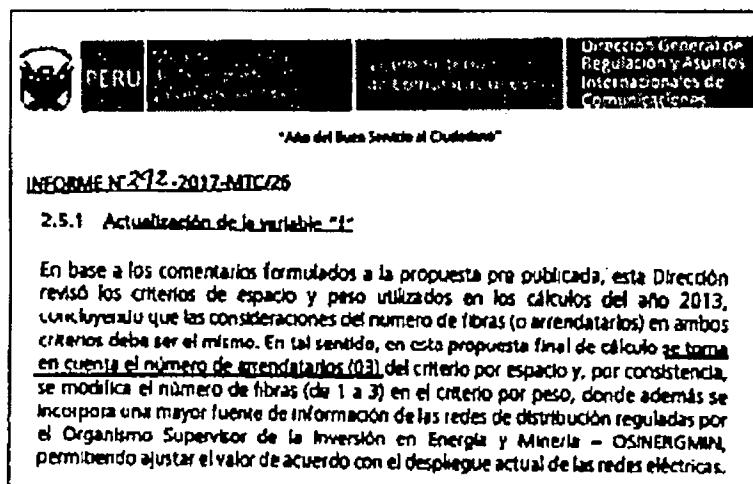
¹¹⁹ Ver página 8.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018 Página: 159 de 200
	INFORME	

determinación del peso "se consideró la posibilidad de tener tres (3) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (3) operadores"¹²⁰.

Asimismo, ENEL refiere que al analizar la actualización de la variable "f", el Informe N° 292- 2017-MTC/26 señala lo siguiente:



Señala además, que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente da cuenta de los criterios empleados por dicha Dirección para efectuar la actualización de las variables "f" y "m", sin que ello implique la inclusión de una disposición normativa en el Anexo 1 del Reglamento.

Asimismo, refiere que nuestro marco legal no permite que un informe o dictamen elaborado por una entidad, establezca obligaciones o imponga restricciones a los administrados, ni mucho menos que interprete o modifique las disposiciones de una norma de alcance general como es el Reglamento.


Indica que como bien ha señalado Morón Urbina, el informe o dictamen "constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva, no decisoria". Así, el "carácter sustancial" del informe "no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas", de manera que "esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutivo o sujeto a fe plena"¹²¹.

ENEL manifiesta que le llama la atención que el Proyecto de Mandato se respalde en informes de la GPRC donde se menciona que se ha considerado como denominador

¹²⁰ Loc. Cit.

¹²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General". Lima. Gaceta Jurídica, 2009. 8o ed., p. 500.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 160 de 200

"Na" al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. Sin embargo, dicho criterio no se encuentra recogido en la normativa, tan es así que no fue materia de regulación en la RVM, la cual modificó la Fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.

Además, señala que los razonamientos, criterios o metodologías empleadas en un informe consultivo no constituyen decisiones, actos administrativos ni normas que puedan imponer obligaciones que no están previamente contempladas en la normativa aplicable. En esa línea, las opiniones emitidas por los órganos al interior de una entidad como el OSIPTEL no generan efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados.

Manifiesta que por el contrario, en el presente caso corresponde que el OSIPTEL aplique el **Principio de Legalidad**, previsto en el numeral 1.1, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en virtud del cual se establece que *"las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas"*.

Asimismo, indica que el referido principio se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades, otorga facultades y apodera a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites¹²². Como consecuencia de ello, dichos límites facultan a los administrados a poder exigir a la Administración Pública que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que sus actos se verifiquen por los órganos competentes¹²³.

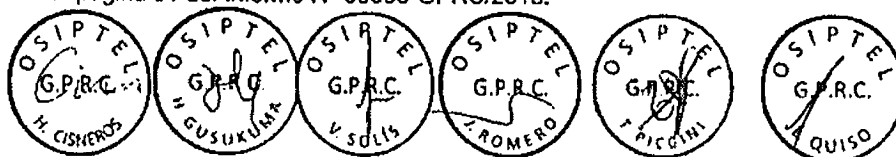
Indica que en virtud del Principio de Legalidad, el OSIPTEL está impedido de exigir el cumplimiento de criterios que no están contenidos en el marco legal aplicable (el Reglamento), sino en informes que no tienen carácter normativo ni naturaleza de acto administrativo. Así las cosas, las consideraciones, premisas, criterios, y en general, las opiniones vertidas en un informe o dictamen no pueden ser exigibles a ENEL si éstos no han sido recogidos expresamente por el Reglamento, como sucede en el presente caso.


Además, señala que al argumentar que la aplicación del "Na" debe ser igual a 3, el Proyecto de Mandato refiere que la contraprestación debe ser acorde al Principio de Onerosidad de la Compartición previsto en la Ley N° 28295, según el cual toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable. Así, concluye que *"no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición"*¹²⁴.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-TEMIS, 2006. p. 449.

¹²³ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 22ª Edición. México D.F.: Porrúa, pp. 451-452.

¹²⁴ Ver página 91 del Informe N° 00005-GPRC/2018.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 161 de 200

De otro lado, ENEL manifiesta que la GPRC no ha tenido en cuenta dos aspectos en dicha argumentación: i) su relación de compartición se rige por una ley especial, la Ley N° 29904, Ley de Banda Ancha y Construcción de Red Dorsal de Fibra Óptica, y consecuentemente, no resulta aplicable la citada Ley N° 28295, Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura; y, ii) la mal citada Ley N° 28295 establece un régimen de precio libre, de manera que sí es razonable que los casos sujetos a dicho régimen se rijan por el Principio de Onerosidad de la Compartición. Sin embargo, señala que en el presente caso estamos ante un régimen de precio máximo, de manera que el razonamiento y la interpretación de la GPRC en este extremo carece de sustento legal y confunde atributos de dos (2) regímenes distintos y con diferentes reglas especiales.

Refiere que más allá de lo expuesto, lo que plantea AZTECA PERÚ es en realidad que se aplique el criterio de considerar tres potenciales arrendatarios para el cálculo de la Retribución. Indica otra vez, aun en el escenario errado de AZTECA PERÚ (y sin perjuicio de la cláusula arbitral pactada), en vía administrativa lo planteado por dicha empresa solo podría evaluarse en un procedimiento de solución de controversias ante un CCO competente. AZTECA PERÚ optó por una vía legal impertinente.

A.2 La supuesta “nueva regla” de los tres (3) arrendatarios carece de sustento técnico.

ENEL manifiesta que AZTECA PERÚ en su carta DJ-1258/17 señala que, en la medida que el Informe N° 292-2017-MTC/26 menciona que el criterio por espacio empleado para los valores de las variables de “m” y “f consideró tres (3) arrendatarios, en consecuencia *“esto significa que el presupuesto correcto para el uso compartido es considerar en la Metodología [la Fórmula] que la infraestructura de media y alta tensión puede albergar a tres (3) arrendatarios”*.

Señala que no obstante ello, AZTECA PERÚ incurre en otra imprecisión al no haber considerado en la solicitud y en ninguna de sus comunicaciones los aspectos técnicos propios de la infraestructura de ENEL. De hecho, a la fecha, informa que no ha recibido ninguna comunicación de AZTECA PERÚ donde se le consulte sobre la viabilidad técnica de soportar tal número de arrendatarios en su infraestructura.

ENEL manifiesta que su infraestructura está conformada por un conjunto de postes y torres, cada uno de diferente tipo y con capacidades distintas. Para mayor detalle del sustento técnico, hace referencia a tres (3) documentos:

- (i) Informe Técnico de Cantidad de Fibras sobre Estructuras de Redes de Alta Tensión elaborado por su personal técnico (en adelante, “Informe Técnico”) y que adjunta a su escrito.
- (ii) Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL), elaborada por ENEL y que adjunta a su escrito.
- (iii) Código Nacional de Electricidad - Suministro, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM (CNE-2011).

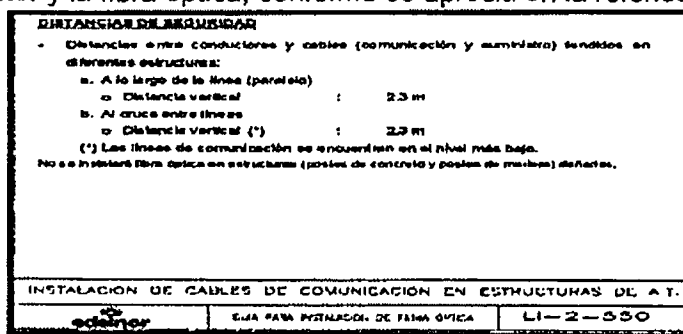


Refiere que sobre la base de lo anterior, el sustento técnico de su posición es el siguiente: el Informe Técnico desarrolla las limitaciones técnicas que se presentarían de exigir a ENEL que albergue a tres (3) arrendatarios en las estructuras de alta tensión. Asimismo, señala incurriría en un supuesto de incumplimiento del Código Nacional de Electricidad - Suministro (CNE-2011), aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, en la medida que, con la instalación de la nueva fibra óptica de forma vertical por debajo de la primera fibra, se estaría incumpliendo la distancia mínima de seguridad que ha sido previamente establecida por la referida norma.

Además, manifiesta que la exigencia de AZTECA PERÚ generará el incumplimiento de la Guía de Instalación de Cables de Comunicación en Estructuras de Alta Tensión (Guía LI-2-550 ENEL). El Código Nacional de Electricidad (Suministro 2011), en su Sección 1, permite que las empresas apliquen métodos aprobados y reconocidos en el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico. Siendo ello así, manifiesta que los referidos métodos que ENEL viene aplicando se encuentran establecidos en la Guía LI-2-550 ENEL.

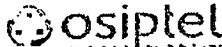
Asimismo, expresa que ambas empresas han pactado en la Cláusula Décima del Contrato que AZTECA PERÚ está obligada a actuar "cumpliendo en todo momento con las Normas Técnicas", término que está definido en el Contrato como "técnicas, emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR" (hoy, ENEL).

Adicionalmente, manifiesta que queda claro que resulta aplicable en el presente caso lo dispuesto en la Guía LI-2-550 ENEL, al amparo de lo dispuesto en el marco normativo y el Contrato suscrito entre ambas partes. En esa línea, indica que no se podría instalar verticalmente el cable de fibra óptica sobre el primer cable debido a que se estaría incumpliendo la distancia máxima permitida de 2,3 metros entre el conductor y la fibra óptica, conforme se aprecia en la referida guía:



Señala que AZTECA PERÚ no puede pretender que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios cuando los estándares de la Guía LI-2-550 establecen que ello no es posible. Además, indica que AZTECA PERÚ tiene conocimiento del contenido de la referida guía cuando menos desde octubre de 2016, fecha en la cual



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 163 de 200

se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de ambas empresas y el personal de ENEL remitió a los ingenieros de AZTECA PERÚ la Guía LI-2-550 vía correo electrónico¹²⁵.

ENEL manifiesta que le llama poderosamente la atención que luego de varios años de suscrito el Contrato, y teniendo conocimiento pleno de las reglas de operación y mantenimiento de la estructura eléctrica de ENEL, AZTECA PERÚ pretenda transgredir dichos estándares e incumplir lo acordado expresamente en el Contrato (Cláusula Décima) a partir de la comentada exigencia en su Solicitud.

Además, expresa que aquello que solicita AZTECA PERÚ también generaría un incumplimiento de seguridad, debido a que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión generará dificultades y un riesgo a los trabajos de mantenimiento de las redes de alta tensión a ENEL, debido a que se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste. Ello no sólo implicaría el incumplimiento del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables en la materia, sino que se estaría exponiendo a su personal a un peligro y riesgo en su salud e integridad física.

Refiere que para un mayor detalle de la imposibilidad técnica de albergar a tres (3) arrendatarios en la infraestructura de ENEL, se remite a lo desarrollado en su Informe Técnico que se encuentra adjunto a su escrito.

ENEL señala también que AZTECA PERÚ no ha considerado que los postes de alta tensión sólo podrían soportar a un (1) arrendatario, ya que forzar indebidamente la inclusión de uno (1) o más puntos de apoyo resultarían perjudicial para dicha infraestructura, y generaría que ENEL incurra en diversos incumplimientos técnicos y normativos. Por ello, los postes de alta tensión -tal como estos son reconocidos por OSINERGMIN- no pueden acoger tres (3) arrendatarios.

Asimismo, manifiesta que AZTECA PERÚ ha asumido erróneamente que toda la infraestructura se encuentra en capacidad de albergar hasta tres (3) arrendatarios, solicitando una adecuación que incluya el máximo número de usuarios que el OSIPTEL ha considerado anteriormente en los informes citados por AZTECA PERÚ en la Solicitud, por lo que señala que existe una imposibilidad en lo requerido por dicha empresa.

B. POSICIÓN DE ENEL DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.

B.1 La interpretación del parámetro "Na" en el Proyecto de Mandato desvincula la contraprestación mensual de la infraestructura eléctrica compartida del criterio de costo incremental del costo de operación y mantenimiento (Opex).

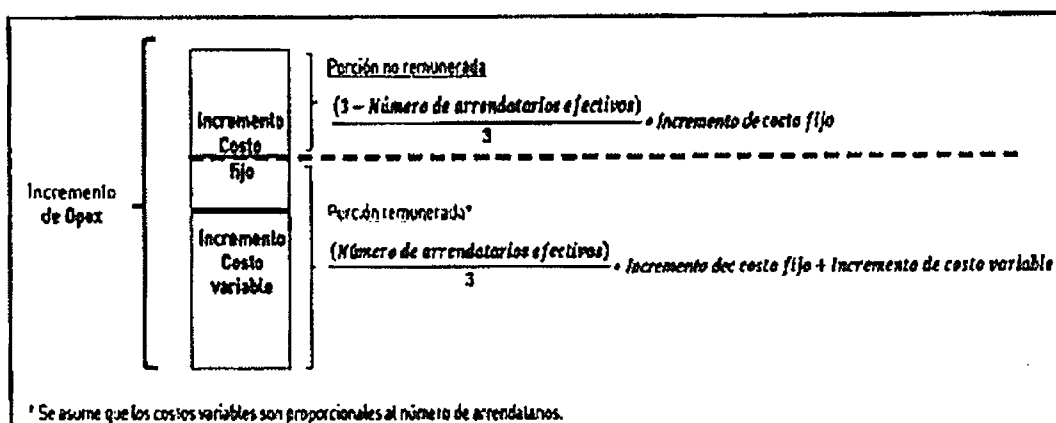
¹²⁵ Remite adjunto a su escrito copia del acta de dicha reunión y una captura de pantalla del correo electrónico donde envía, entre otros documentos, la referida guía como documento adjunto.



ENEL manifiesta que en la medida que existan un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables (tales como los costos del personal administrativo, costos de supervisión, costos de seguros, etc.), el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados.

Señala que considerando que actualmente el número de arrendatarios es menor a la capacidad máxima de arrendamiento ($N_a < 3$), el esquema de remuneración propuesto en la fórmula de contraprestación periódica no permitiría cubrir el Opex incremental del concesionario de servicio público de energía eléctrica.

Asimismo, manifiesta que de este modo, si $N_a = 3$ existiendo menos de tres redes instaladas, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones retribuirá sólo una porción de los costos fijos incurridos por el operador eléctrico para la prestación del servicio a través de la contraprestación mensual:




Asimismo, refiere que debe haber un principio de congruencia en la aplicación de la metodología de costos incrementales por inversión (capex) y por costo de operación y mantenimiento (Opex) ya que en ambos existe un componente de costo fijo que no varía con el número de unidades producidas o atendidas.

ENEL manifiesta que cuando el Proyecto de Mandato recoge lo señalado por la RVM en el sentido que el número de arrendatarios es similar al número de espacios en los postes/torres de las redes eléctricas, se debe tener en cuenta que el Opex de la infraestructura de redes eléctricas tiene un componente fijo que no depende del número de espacios.

B.2 El Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones.

ENEL manifiesta que la determinación del número de arrendatarios en el Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 165 de 200

potencial del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones, centrándose únicamente en la oferta disponible (capacidad de espacios). En consecuencia, se asume -a priori- que la demanda cubrirá totalmente la capacidad instalada para la prestación del servicio.

Asimismo, señala que de tomarse en cuenta dichos criterios económicos, se esperaría que en zonas con baja densidad poblacional, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones no requiera arrendar todos los espacios disponibles (estimado por el Proyecto de Mandato en 3) en la red de transmisión y distribución de los concesionarios del servicio público de electricidad.

Indica que al no incorporar los cuestionamientos mencionados en el cálculo de la renta mensual, se podría afectar la sostenibilidad del servicio por parte de los concesionarios de postes y torres correspondientes a redes eléctricas siempre que existan menos de tres (3) arrendatarios, debido a que los costos asociados a la prestación del servicio de telecomunicaciones podrían estar subestimados.

En estos casos, manifiesta que la porción no retribuida de los costos fijos deberá ser asumida por el arrendador, afectando la eficiencia distributiva en el mercado ya que la empresa eléctrica no lograría cubrir el Opex incremental vinculados al servicio de telecomunicaciones. Esto podría generar una situación de expropiación regulatoria ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones.

ENEL señala que dicha situación resultaría en un subsidio cruzado del concesionario de servicios públicos de energía eléctrica al operador de servicios públicos de telecomunicaciones, en la medida que el riesgo relacionado a la cobertura de los costos fijos será asumida por la empresa eléctrica sin obtener el pago del total del costo incremental por la prestación de la infraestructura compartida.


B.3 La modificación del parámetro "Na" no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la Red Dorsal o para el Estado.

ENEL manifiesta que el concesionario de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO), es decir, AZTECA PERÚ sólo puede cobrar el monto estipulado contractualmente (US\$ 23 más IGV por megabit por segundo, para los primeros cinco (5) años según su Contrato de Concesión).

Además, refiere que no se trata de un precio tope sino de un precio fijo, de manera que AZTECA PERÚ se vería impedido de cobrar por debajo del mismo, dado que ello requeriría de un mayor cofinanciamiento por parte del Estado.

Manifiesta que la reducción en costos pretendida por AZTECA PERÚ y permitida por el OSIPTEL sólo buscaría incrementar los beneficios de dicha empresa, medido como la diferencia entre el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) y los costos operativos.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 166 de 200

B.4 Las prácticas regulatorias en otros servicios de telecomunicaciones y otras industrias de redes reconocen la naturaleza de los costos fijos (que no dependen de las unidades producidas) y que las contraprestaciones se basan en la demanda efectiva por el servicio (y no en la capacidad máxima de la oferta).

ENEL señala que la experiencia internacional, como en el caso de Colombia, reconoce que se deben considerar no solo el criterio técnico del espacio en la infraestructura, sino también un criterio socioeconómico. La regulación colombiana reconoce que su realidad socioeconómica imposibilita que se complete la capacidad del poste.

Asimismo, indica que un estudio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) de Colombia calculó, a través de un análisis estadístico (CREG 071-2008), que el promedio ponderado de usuarios, distintos al servicio de energía eléctrica, que utilizan la red de postes es 1.65. Asimismo, señaló que la mayoría de torres en Colombia tiene un solo cable de guarda, que es lo que se utiliza para instalar un cable de fibra óptica.

Refiere además que la regulación colombiana reconoce que su realidad socioeconómica imposibilita que se complete la capacidad del poste. En el caso de las torres, no es posible realizar un análisis estadístico análogo; no obstante ello, se sabe que la mayoría de torres tiene un solo cable de guarda, que es lo que se utiliza para instalar un cable de fibra óptica.

ENEL señala que en consecuencia, la experiencia colombiana invita a revisar el número de arrendatarios posibles con criterios técnicos y económicos:

N° de arrendatarios posibles	Perú (OSIPTEL)	Colombia (CRC)
En poste	3	1.65
En torre	3	1



Fuente:
 "Infrastructure Sharing Towers and Poles, Benchmarking Study", ITU.
 "Utilización de infraestructura del sector de energía eléctrica para la provisión de servicios de TIC en Colombia".

De otro lado, ENEL solicita considerar todos y cada uno de los argumentos expuestos en su escrito.

4.3.5.3 COMENTARIOS DE ENEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito s/n recibido el 20.02.2018).

ENEL manifiesta que con relación a la retribución por el uso de la infraestructura, AZTECA PERÚ ha señalado lo siguiente en su Escrito:



 GRUPO SALINAS DESDE 1906	 azteca <small>Comunicaciones Perú</small>	Av. 28 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0555 www.reddorsal nacional.pe
<p>6.12. En consideración a lo expuesto, se solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos, conforme ha sido desarrollado en este script:</p>		
<p>(i) El valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.</p>		
<p>(ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/declara que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.</p>		
<p>(iii) La contraprestación fijada inicialmente en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y ENEL excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.</p>		

Manifiesta que AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el texto final del mandato que el valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones desde la entrada en vigencia de la Metodología, es decir, desde el 5 de agosto de 2017 que fue publicada la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.


Refiere que la inclusión de un texto como el que solicita AZTECA PERÚ la habilitaría de forma encubierta a realizar una aplicación retroactiva del eventual mandato, debido a que dicha empresa podría interpretar que dicho valor puede ser aplicado desde mucho antes de la emisión del mandato. Bajo dicho sustento, exigiría indebidamente a ENEL que ajuste todas las facturaciones realizadas de forma previa a la emisión del posible mandato.

Indica que ello no es jurídicamente posible, en la medida que se estaría realizando una ilegal aplicación retroactiva del criterio establecido por el Consejo Directivo en el mandato, el cual conceptualmente debe ser aplicado a futuro, como se ha señalado en el Proyecto.

Además, manifiesta que AZTECA PERÚ viene preparando una estrategia para cuestionar la irretroactividad que sería establecida en el mandato a través de un mecanismo de solución de controversias. Incluir un texto como el que solicita AZTECA PERÚ no haría sino fortalecer indebidamente su posición de aplicar ilegalmente los efectos hacia el pasado y facilitar una aplicación retroactiva del mandato.

ENEL manifiesta su expreso rechazo hacia la inclusión de textos como el que propone AZTECA PERÚ; así como solicita considerar todos y cada uno de los argumentos expuestos en su escrito, y a su vez, que desestime las solicitudes de AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 168 de 200

4.3.5.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito N° 5 recibido el 22.02.2018).

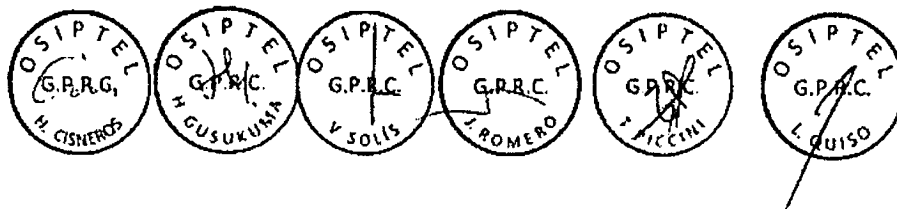
- **EL DENOMINADOR “Na” DE LA METODOLOGÍA TIENE UN VALOR IGUAL A TRES (3)**


AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de ENEL, la Metodología no determina una contraprestación por el espacio ocupado del cable de fibra óptica en su infraestructura, sino que concluye a cuánto ascenderán los costos de operación y mantenimiento de las torres y/o postes. Indica que por ello, equivocadamente alega que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario (“Na” igual a 1), pues de lo contrario, ENEL terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ. Señala que desde el punto de vista de ENEL, los costos incrementales no son divisibles, pues existen algunos que se mantienen fijos con independencia del número de arrendatarios, como hay otros que aumentan o disminuyen en atención a dicho número, por lo que no existiría un sustento económico para que estos costos incrementales siempre se dividan entre tres (“Na” igual a 3).

Sobre ello, AZTECA PERÚ precisa que comprende que la Metodología determina la contraprestación por el uso de infraestructura en función a los costos incrementales por operación y mantenimiento que se generen por el soporte de su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Indica sin embargo, que lo que ENEL pretende negar con su argumentación es que AZTECA PERÚ únicamente deba pagar por los costos incrementales de operación y mantenimiento que se genere por el espacio que corresponde a su único cable que se encuentra apoyado en la infraestructura eléctrica, y no por todos los costos de la infraestructura, ni tampoco que asuma costos inexistentes por tres arrendatarios, cuando es el único que ocupa las torres y/o postes.

Señala que su argumentación para acreditar que el valor del denominador “Na” de la Metodología es igual a tres (3) es correcta, pues precisamente busca que ENEL respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA PERÚ no ha generado. Señala que como ha sido demostrado en sus escritos anteriores, la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de ENEL, un cable de fibra óptica.

Asimismo, señala que no es cierto que AZTECA PERÚ pretenda pagar solo un tercio del costo incremental que le corresponde por colocar su cable de fibra óptica en la infraestructura de ENEL. Indica que ciertamente, a diferencia de lo alegado por ENEL, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA PERÚ únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 169 de 200

retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición.

Asimismo, manifiesta que el parámetro "f" cuantifica cuál es el costo marginal de operación y mantenimiento (no de inversión u otro CAPEX) que ocasionaría a una empresa eléctrica el soportar el peso de 3 cables de fibra de operadores de telecomunicaciones, en adición a los cables que la misma torre o poste ya soporta (sus propios cables). Señala además que para la determinación del número de arrendatarios de apoyos en torres o postes eléctricos se consideró un máximo de tres arrendatarios (denominador "Na" igual a 3), asumiendo que existen límites físicos en una torre o poste para acomodar un número máximo de cables (peso, distancia). Es por ello que el costo marginal de operación para 3 cables (Na=3) de Fibra Óptica se estableció en 18.3%.


Refiere que de acuerdo con lo previsto por la propia Metodología, una vez que se ha determinado el costo marginal operativo que tres (3) cables ocasionan en una torre o poste, se procede a considerar cómo se asignan los costos de cada cable. Señala que precisamente, el costo marginal de cada cable se obtiene con la división de la variable "f" entre la variable "Na" ($=f/Na$), esto es, $18.3\%/3$, lo cual da como resultado un 6.1%, que el costo que se genera por un cable y, por ende, el porcentaje que debe asumir AZTECA PERÚ.

Indica además que la formulación tarifaria sólo ha considerado cuál sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento refiere que la Metodología del MTC para fijar la tarifa de apoyo en postes pudo haber considerado cuáles de los costos comunes o de inversión que debieran ser recuperados por la infraestructura de la empresa eléctrica, debido a que los costos de reposición de activos y otros costos de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica ya son cobrados por la empresa eléctrica en las tarifas eléctricas reguladas que fija el regulador de energía. Señala además, que atendiendo que el Consejo Directivo únicamente emitirá un mandato respecto de la Metodología tampoco podría considerar dichos costos comunes o de inversión, pues ya están siendo comprendidos en la determinación de las tarifas eléctricas por el regulador competente de ese sector.

Menciona que ENEL ha reiterado sin fundamento que el costo incremental del 18.3% (valor de la variable "f") no puede ser dividido necesariamente entre tres (valor del denominador "Na") para determinar un costo incremental individual que corresponda al costo por operación y mantenimiento que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Señala que sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.

Asimismo, refiere que si bien ENEL ha señalado que en algunos casos existen costos fijos o decrecientes, no ha motivado por qué la Metodología contemplaría este tipo de costos. Por el contrario, indica que como ha explicado AZTECA PERÚ en los



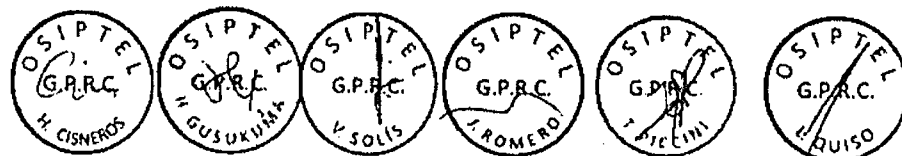
	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 170 de 200


numerales anteriores y a lo largo de sus escritos, el propio diseño de la Metodología ha previsto que los costos incrementales por operación y mantenimiento se encuentren en función del peso de tres (3) cables, por lo que para determinar lo que corresponde sólo a un arrendatario debe asumirse el valor correcto del denominador "Na" que es igual a tres (3).

Además, manifiesta que determinar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por ENEL, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico, al exigir una retribución mayor al precio máximo que puede ser pactado como retribución por uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, señala que un valor igual a tres (3) de la variable "Na" ha sido establecido en la Metodología desde su emisión, siendo que las partes no pactaron de dicho modo por error cuando suscribieron el Contrato de Participación, por lo que cuando AZTECA PERÚ advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con ENEL para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.

Señala que ha podido corroborar que la argumentación de ENEL referida al cálculo de la contraprestación por uso compartido de infraestructura también ha sido expuesta en otros procedimientos de solicitud de mandato que, a la fecha, AZTECA PERÚ sigue con otras empresas eléctricas y en los que se presentó el "Informe económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones" elaborado por Macroconsult para la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Por ello, indica que a efectos de responder a las premisas falaces en las que se sustenta el referido informe de Macroconsult elaborado para el gremio de las empresas eléctricas, adjunta el Informe denominado "Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT", del 18 de febrero de 2018, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold, solicitando que se tome en cuenta en todos los procedimientos seguidos ante el Consejo Directivo sobre la misma materia.

Refiere además que, si bien ENEL alegó que, en anteriores mandatos del Consejo Directivo, no se ha señalado que el denominador "Na" es igual a tres (3), ello no constituye un motivo por el cual en el presente procedimiento no se reconozca cuál es la forma correcta en que debe aplicarse la Metodología. Ello, más aún cuando en los anteriores casos en los que el Consejo Directivo fijó una contraprestación, fue bajo el régimen de la Ley 28295, por lo que se aplicó supletoriamente la Metodología del Reglamento de la Ley 29904. Es decir, en dichos pronunciamientos no existía una norma imperativa que fijara un precio máximo que deba respetarse, por lo que la aplicación correcta de la Metodología no es relevante, dado que las partes cuentan con plena libertad de negociación y las partes únicamente deben colocarse de acuerdo en pagar un monto por el uso compartido de infraestructura.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 171 de 200

Adicionalmente a ello, señala que en este caso ENEL pretende ocultar que se trata de una situación distinta y no reconocer que existe un precio máximo imperativo que se debe respetar al momento de exigir una contraprestación por el uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, indica que en este procedimiento el Consejo Directivo debe revisar los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica bajo la Ley No. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor "Na"; en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de "precio máximo", sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en el país.


AZTECA PERÚ manifiesta que el valor del denominador "Na" necesariamente es igual a tres (3), lo cual se ajusta a lo contemplado en la Metodología desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Asimismo, refiere que es indispensable que el Consejo Directivo emita un mandato de compartición y modifique la contraprestación fijada inicialmente, a efectos de que se respete el precio máximo legal.

- **Informe denominado "Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT", del 18 de febrero de 2018, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold.**

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe elaborado por la consultora BC Económica en el cual afirma que la posición sostenida por Macroconsult contiene un supuesto falaz al asumir que, debido a que un monopolio natural de distribución eléctrica posee un costo medio total decreciente, entonces todos sus componentes, incluido el servicio de apoyo en postes o torres eléctricas, también deben exhibir costos medios decrecientes. Al respecto, el mismo informe señala que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no es incompatible con la presencia de costos medios constantes o crecientes en algunos componentes de dicho costo. Asimismo, se expresa que Macroconsult no brinda el sustento económico o empírico necesario para afirmar que el costo medio incremental en el servicio de apoyo es decreciente ni explica en términos económicos por qué el costo medio de apoyos es un costo compartido o indivisible.

De manera similar, BC Económica manifiesta que los informes elaborados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones asumen implícitamente que el servicio de apoyo tiene un costo medio incremental constante, de modo tal que la tarifa promedio de un (1) apoyo permite cubrir los costos incrementales asociados a dicho apoyo. En consecuencia, afirma que la fijación tarifaria propuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones garantiza la viabilidad económica de la actividad de las empresas monopólicas de distribución eléctrica y no resulta una expropiación regulatoria, tal como lo expresa Macroconsult.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 172 de 200

Del mismo modo, BC Económica señala que Macroconsult se equivoca al afirmar que la controversia sobre la fórmula de retribución por el acceso y uso de infraestructura de soporte eléctrico se circunscribe al valor del parámetro Na. Al respecto, sostiene que la metodología es clara y explícita en expresar que el valor de la variable "Na" se calcula de manera simultánea con el valor del parámetro "f" tal como se expresa en el Informe N° 292-2017-MTC/26 y en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial 215-2015-MTC/03.

Por otra parte, BC Económica proporciona evidencia nacional e internacional de que las tarifas de acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico que actualmente cobran las empresas de distribución eléctrica, privadas y públicas, están muy por encima de los costos y tarifas eficientes. Además, recomienda que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 las tarifas pagadas actualmente por AZTECA PERÚ por el servicio de apoyo en postes o torres eléctricas.

Finalmente, BC Económica afirma que las reducciones previstas con la aplicación correcta de la fórmula tarifaria tendrán un efecto positivo en el despliegue de las Redes Dorsales Nacionales, Regionales y de proveedores de acceso a internet, coadyuvando a alcanzar los objetivos del Estado Peruano de incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de preferente interés nacional, en sintonía con los objetivos de la Ley N° 29904 y su reglamento.

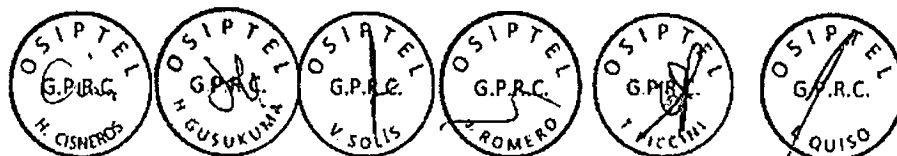
4.3.5.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL.


Sobre las limitaciones técnicas señaladas por ENEL

Respecto de lo señalado por ENEL, de que no es posible exigir que la infraestructura de dicha empresa soporte a tres (3) arrendatarios ya que enfrenta limitaciones técnicas para hacerlo; se debe señalar que el OSIPTEL no ha emitido ninguna posición respecto de a cuántos arrendatarios puede efectivamente dar acceso ENEL en su infraestructura eléctrica, dado que, como se señaló anteriormente, como parte del presente pronunciamiento no se requiere determinar la cantidad de arrendatarios a los que técnicamente puede dar acceso dicha empresa. Ello, debido a que el OSIPTEL determina el valor de la retribución mensual por arrendatario, el cual asciende al costo económico incremental de provisión a dicho arrendatario por la instalación de un (01) cable de comunicación. Cabe precisar, que el referido costo económico incluye la retribución al capital a través del componente "im". Así, si ENEL en un futuro modificara su infraestructura y le fuera factible dar acceso a más arrendatarios a los que le es posible dar actualmente, la retribución mensual unitaria por arrendatario sería la misma, mientras que se incrementaría la retribución mensual total.

Sobre el Principio de Onerosidad de la Compartición

ENEL señala que la Ley N° 28295 establece un régimen de precio libre, de manera que sí es razonable que los casos sujetos a dicho régimen se rijan por el Principio de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 173 de 200

Onerosidad de la Compartición, mientras que la Ley N° 29904 (Ley de Banda Ancha) establece un régimen de precio máximo. Al respecto, se debe señalar que la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, cumple con los principios económicos señalados en el artículo 34 de la Ley N° 28295, y de manera específica cuando señala lo siguiente:

“...
Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos” (Lo resaltado es nuestro).


En razón a ello, la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, es aplicable no solo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Ello, en virtud de lo dispuesto por el literal ii) del artículo 3, y los numerales 13.1 y 13.4.b. del artículo 13, de la propia Ley N° 29904. En ese sentido, la fórmula en mención, es de aplicación incluso para el desarrollo de proyectos de telecomunicaciones que cuenten con estructuras de costos distintas al proyecto RDNFO, como puede ser cualquier proyecto de telecomunicaciones financiado íntegramente por el sector privado, o proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.

En consecuencia, los principios económicos aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura del sector energía, son tanto aplicable a los mandatos emitidos bajo la Ley N° 29904 y la Ley N° 28295, tanto es así, que el OSIPTEL ha aplicado la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos en el marco de la Ley N° 28295, por lo que no es cierto que Ley N° 28295 establezca un régimen de precio libre como lo afirma ENEL.

Sobre la exposición de motivos e informe sustentatorio de la resolución N° 768-2017-MTC/03

Respecto lo señalado por ENEL, sobre que no es válido como argumento citar el Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustentó la Resolución Vice Ministerial N° 768-



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 174 de 200

2017-MTC/03, se debe señalar que lo señalado respecto de que el costo de operación y mantenimiento incremental reflejado en el valor de parámetro "f" corresponde a la instalación de tres (03) cables de comunicación, no sólo consta en el referido informe, sino también en la exposición de motivos de la referida resolución vice ministerial. Aquí es preciso señalar, que el objeto de la exposición de motivos e informe sustentatorio es justamente dar motivación y sustentación de lo señalado en dicha resolución, y de ninguna manera debe entenderse que pueda contraponerse a lo señalado por dicha resolución.

De esta manera, la referida resolución define el "Na" como "numero de arrendatarios", sin dar mayor detalle, ni especificar si son arrendatarios efectivos, máximos, o teóricos. Es OSIPTTEL, el encargado de definir esta variable en esta relación de compartición, definición que se ha efectuado a la luz de que los costos incrementales totales están dimensionados para tres (03) cables de comunicación.

Sobre la existencia de "costos incrementales decrecientes"

ENEL señala que en la medida que exista un componente de costo fijo en el costo de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables, el costo incremental presentará tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados. Al respecto, señalamos que la presencia de dichos costos incrementales fijos deriva en que el primer usuario de la infraestructura genere la totalidad de dichos costos fijos, independientemente de la cantidad de usuarios que pudieran acceder posteriormente a dicha infraestructura. No obstante, el considerar esta situación omitiendo analizar todos los parámetros incluidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, constituye un análisis parcial de dicha situación.


En efecto, el numeral 2.5.3 del Informe Nº 292-2017-MTC/26 hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico, señalando lo siguiente:

"2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:

Respecto de los costos incrementales que se generan a partir de la instalación de un cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, se aclara lo siguiente:

- *Los costos atribuidos a estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.*



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 175 de 200


- **Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable "h", el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)." (Lo resaltado es nuestro).**

Como se aprecia, el informe citado aclara que el parámetro "h" (que, al igual que el parámetro "f", forma parte de la fórmula que estima la retribución mensual a ser pagada por un arrendatario) incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la referida variable "h" incluye no sólo los costos listados textualmente, sino todos los costos de operación y mantenimiento (OPEX) incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica. De esta forma, el valor del parámetro "f" refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

Dicho OPEX incremental dividido entre estos tres (03) arrendatarios, nos da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios estén en un momento determinado, accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, el operador eléctrico recupera sus costos incrementales fijos a través de la aplicación de la fórmula, a través del parámetro "h", para el caso de estructuras de media y alta tensión. Esta aclaración, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03.

De esta manera, el valor del parámetro "f", esta directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental fijo, ya está considerado en el valor de la variable "h" antes referida, razón por la cual, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario. En ese entendido, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.



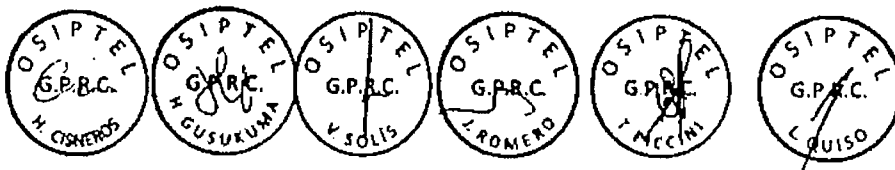
	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 176 de 200


De este modo, el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico. Asimismo, la determinación del valor del "Na" por parte del OSIPTEL tampoco es arbitraria, sino que responde a criterios detallados en el presente informe. Esto sin duda, está en línea con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar los pronunciamientos del OSIPTEL.

De otro lado, se debe señalar que la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el presente mandato es tres (3), la cual se determinó a partir del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

Adicionalmente, se observa que la referida cantidad de arrendatarios es consistente, en la mayoría de los casos, con la capacidad de arrendatarios que soporta la infraestructura eléctrica, de acuerdo a lo reportado por las empresas eléctricas, en el marco de los mandatos de compartición de infraestructura emitidos por el regulador:

Nº de Expediente	Nº de Resolución	Empresa de Telecomunicaciones	Empresa Eléctrica	Capacidad de arrendatarios
00002-2017-CD-GPRC/MC	090-2017-CD/OSIPTEL	Comunicaciones Cabaplica S.A.C.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00007-2016-CD-GPRC/MC	036-2017-CD/OSIPTEL	Americatel Perú S.A.	Electro Sur Este S.A.A.	3
00008-2016-CD-GPRC/MC	020-2017-CD/OSIPTEL	Multivisión S.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00005-2016-CD-GPRC/MC	131-2016-CD/OSIPTEL	Cable Estación S.R.L.	Electro Puno S.A.A.	3
00004-2018-CD-GPRC/MC	115-2018-CD/OSIPTEL	Gilat Networks Perú S.A.	Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C.	3
00004-2015-CD-GPRC/MC	119-2015-CD/OSIPTEL	Tv Cable Digital E.I.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	3



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 177 de 200

Respecto del riesgo de no arrendar todos los "espacios disponibles"

Sobre lo señalado por ENEL, de que el Proyecto de Mandato no considera criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte de los arrendatarios y que se esperaría que en zonas con baja densidad poblacional probablemente no se requiera arrendar todos los espacios disponibles; se debe señalar que dicha afirmación se contradice con la argumentación de dicha empresa sobre las limitaciones técnicas de ENEL para dar acceso a más de un (01) arrendatario, argumentado extensamente en su informe técnico, lo que daría a entender que la oferta actual o potencial de arrendamiento sería la misma. Cabe señalar, que el OSIPTEL no ha contradicho, ni avalado las conclusiones del referido informe técnico, dado que para efectos del presente mandato no se requiere determinar el número de arrendatarios totales a los que puede dar acceso ENEL, por los motivos señalados anteriormente.

Al margen de ello, respecto de la afirmación de que en zonas con baja densidad poblacional probablemente no se requiera arrendar todos los espacios disponibles, se debe recalcar, tal como se explicó claramente en el literal a) del numeral 4.3.4.3 del presente informe, que los costos incrementales variables atribuibles a cada arrendatario se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, reflejado en el parámetro "f", como generador del costo incremental de operación y mantenimiento (OPEX incremental), de modo que, si no hay arrendatarios, el costo incremental es cero (0), y no hay costos por provisión del servicio que queden sin cubrir. De este modo, no existe por defecto, un OPEX incremental total que deben distribuirse entre los que accederían a la infraestructura, sino, costos incrementales constantes que se van generando por cada arrendatario que va accediendo al poste o torre.

Sobre la solicitud de pronunciamiento respecto de la metodología del año 2013.


Respecto a lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se reconozca que desde que se aprobó la Metodología en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador "Na" era igual a tres (03), se debe señalar que los Mandatos de Compartición se emiten sobre la base de la normativa vigente al momento de dicha emisión. En el caso particular de esta variable, su definición se efectuó sobre la base de lo dispuesto por el Anexo 1 del citado Reglamento, conforme ha sido detallado en el presente informe.

De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de Compartición, en este extremo.

Sobre el impacto para el usuario de la Red Dorsal

Sobre lo señalado por ENEL, de que la modificación del parámetro "Na" no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de telecomunicaciones de la Red Dorsal o para el Estado, se debe señalar que la implementación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, incluyendo las



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 178 de 200

modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03, no considera de ningún modo en el análisis, aspectos relacionaos al impacto en las tarifas que correspondan aplicar a los usuarios finales o al Estado, ni al impacto los beneficios de la empresa concesionaria de la RDNFO.

El pronunciamiento del OSIPTEL en el presente mandato, se enmarca estrictamente en lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 29904, que señala que este organismo debe velar por que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, lo que incluye a sus modificatorias, para lo cual señala dicha ley, podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.


Asimismo, OSIPTEL está facultado por dicha ley para imponer las sanciones por incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada (literal b del artículo 30.2 de la referida Ley). Asimismo, al momento de la firma del contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), ya que el artículo 30.4 del referido Reglamento salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

Sobre las conclusiones del Informe de la consultora "BC Económica"

Respecto del informe de la consultora BC Económica denominado "Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT" de fecha 18 de febrero de 2018, presentado por AZTECA PERÚ se debe señalar que, coincidimos en que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no implica necesariamente la presencia de costos medios decrecientes en todos los componentes de dicho costo. Por otra parte, respecto a la argumentación basada en el carácter decreciente del costo incremental medio, sostenida por Macroconsult, debe señalarse que ésta es correcta a nivel teórico; no obstante, adolece en considerar una evaluación empírica de los costos incrementales y de cómo éstos son recuperados a luz de toda la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria. En tal sentido, tanto el informe de BC Económica como el de Macroconsult realizan un análisis parcial de la referida fórmula y omiten pronunciarse sobre la naturaleza de los demás parámetros incluidos en la misma. De esta manera, debido a que el parámetro "h" incorpora todos los costos incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica, el parámetro "f" refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura, tal como se detalló anteriormente.

Es por este motivo, y no por los descritos por BC Económica, que el OPEX incremental por arrendatario es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 179 de 200

pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios acceden en un momento determinado a dicha estructura. Ello origina que la retribución mensual obtenida de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, permita cubrir exactamente el costo económico incremental generado por cada cable de comunicación instalado, más un margen de utilidad razonable, por lo que dicha retribución no se puede considerar expropiatoria, ni que afecte la viabilidad económica del operador eléctrico, tal como lo señala Macroconsult.

Finalmente, respecto de la recomendación de que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 los valores que actualmente vienen pagando AZTECA PERÚ por concepto de renta mensual, consideramos que esta forma de calcular la renta mensual es incorrecta, dado que el marco legal ya establece una metodología para tal caso, la cual está definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.

4.4.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):


AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL. Señala que si bien la modificación de los valores "f" y "m" es reciente, el valor del número de arrendatarios ("Na") ha venido siendo calculado erróneamente con el valor de uno (1), cuando siempre debió realizarse en función al número potencial de arrendatarios, es decir, cuando menos tres (3).

Indica que dicha situación ha encarecido en gran medida y de manera indebida los costos operativos de la Red Dorsal, puesto que sólo con la aplicación errónea del valor del "Na", la contraprestación exigida ha resultado cuando menos tres veces mayor a la que debería haber sido cobrada por ENEL. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.

Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada¹²⁶: lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación de la Banda Ancha en el Perú, repercutiendo negativamente contra los objetivos planteados por el Estado Peruano a través de la Ley de Banda Ancha y afectando directamente las expectativas de crecimiento socioeconómico vinculadas a tales objetivos.

¹²⁶ Situación que podría devenir en la incapacidad de cumplir con sus obligaciones económicas y a la larga, incurrir en una causal de resolución del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 180 de 200

"Cláusula Undécima.- Eventos de Incumplimiento

(1) *Constituyen eventos de incumplimiento de AZTECA:*

(...)

(c) *No paga oportunamente la retribución debida a EDELNOR.*

(...)

Cláusula Duodécima.- Resolución del Contrato

(1) *EDELNOR podrá resolver este Contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, en caso que:*

(a) *Se produzca alguno de los eventos de incumplimiento contemplados en el numeral (1) de la Cláusula Undécima.*

(b) *Se produzca un Efecto Sustancialmente Adverso.*

(c) *(...)"*

(subrayado agregado).

Plantea que en dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable de la Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que, de no hacerlo, será este último quien ordene el retiro de los cables.


Considera que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA PERÚ no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.

Asimismo, indica que la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que el OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.

Precisa que inclusive, en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica¹²⁷, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA PERÚ continúe abonando una contraprestación que a todas luces excede el máximo precio permitido en el marco normativo vigente.

¹²⁷ Escenario que debe ser desechado de plano, en la medida que las proyecciones financieras desarrolladas por el propio Estado peruano al momento de concebir el proyecto de la Red Dorsal, no contemplaban costos operativos exorbitantes como los que viene asumiendo su Concesionaria, debido principalmente al incumplimiento del precio tope regulatorio por compartición de infraestructura eléctrica, como es el caso de las contraprestaciones cuyos valores son indebidamente exigidas por ENEL.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 181 de 200

Es así como, considera que se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que el OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

Por lo expuesto, solicitan que el OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

4.4.2 POSICIÓN DE ENEL (Carta SGGCI/1411536/2017 recibida el 03.11.2017):

ENEL manifiesta que en el presente caso no existe peligro de continuidad en el uso compartido de su infraestructura. Señala además que reafirma su compromiso de mantener la relación de acceso y de no retirar los cables de fibra óptica.

Refiere que con carácter preliminar a la exposición de su posición legal, estima pertinente referirse a lo señalado por AZTECA PERÚ en su Solicitud sobre un posible riesgo de continuidad en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL. Ello se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

5.5.4. *En dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Compartición, AZTECA tiene la obligación de desmontar el cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que de no hacerlo, existe el riesgo de que el propio ENEL sea quien ordene el retiro de los cables.*


5.5.5. *De este modo, el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.*

5.5.6. *Ciertamente, la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.*

5.5.8. *Es así como, AZTECA se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.*

5.5.9. *De ese modo, solicitamos que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica,*



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 182 de 200

disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.

Señala que como se puede apreciar, AZTECA PERÚ sostiene que existe un riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura de ENEL, lo cual perjudicaría la operación de la Red Dorsal y afectaría el interés público protegido por la normativa.

Sobre el particular, señala formal y enfáticamente que: (i) ENEL no tiene intención alguna de resolver el Contrato con AZTECA PERÚ; (ii) ENEL no dispondrá el retiro de los cables, a menos que la autoridad competente lo exija expresamente y (iii) no existe riesgo alguno de suspensión en el uso compartido de su infraestructura eléctrica, en la medida que ENEL reafirma su compromiso de mantener la continuidad en dicho uso compartido. Todo ello en el marco de los temas planteados por AZTECA PERÚ en su Solicitud.

Considerando lo anterior, ENEL solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL pueda omitir en su análisis el supuesto e inexistente riesgo en la continuidad del uso compartido de su infraestructura, que ha sido alegado por AZTECA PERÚ en su Solicitud.


4.4.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 21.11.2017):

AZTECA PERÚ refiere que lo señalado por ENEL respecto de que no existe peligro en la continuidad del uso compartido de la infraestructura pues según ENEL: (i) no tiene intención alguna de resolver el Contrato de Compartición, (ii) no dispondrá el retiro de los cables de AZTECA PERÚ de sus postes o torres, y en ese mismo sentido, (iii) no suspenderá el uso compartido de su infraestructura eléctrica. Por lo mismo, ENEL alega que el Consejo Directivo del OSIPTEL puede omitir este aspecto de su ámbito de análisis.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, si bien acoge que ENEL se haya allanado en parte a su solicitud, considera que es importante que el Consejo Directivo tenga en cuenta que el peligro en la continuidad no sólo se refiere a lo mencionado por dicha empresa.

Manifiesta que no puede escapar al entendimiento del Consejo Directivo, que hay muchas formas de afectar el acceso, distintas a la resolución de un contrato, con lo cual, limitar el análisis a ese aspecto únicamente, como simplistamente lo plantea ENEL, significaría no solo negar una realidad evidente, sino que OSIPTEL renuncie a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura, tarea que le corresponde en su condición de regulador de las telecomunicaciones y en particular, de supervisor de la Red Dorsal por expreso mandato de la Ley No. 29904 (la "Ley de Banda Ancha").



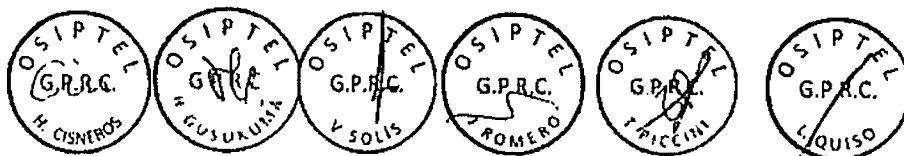
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 183 de 200


En efecto, indica que en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA PERÚ sólo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Refiere que justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

Refiere en ese sentido, que estima que las condiciones económicas que se incluyeron en la Cláusula Cuarta y en el Anexo 1 del Contrato de Compartición (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a ENEL alrededor del triple de lo que el legislador ha considerado como óptimo para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y, por lo mismo, las finanzas del proyecto se han visto considerablemente afectadas. Manifiesta que ocurre pues que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

El escenario antes descrito obedece exclusivamente a que ENEL viene exigiendo al operador de telecomunicaciones a cargo de la Red Dorsal, el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento. Por ello, mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de ENEL sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto de la Red Dorsal. Es por ello que AZTECA, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a ENEL la revisión de dichas condiciones, de modo que la contraprestación periódica sea ajustada de mutuo acuerdo, en exclusivo beneficio del proyecto y en aplicación el marco regulatorio que sustenta tal relación de compartición.

Indica además que ante la rotunda negativa de ENEL de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que siga pagando un monto que ya no puede solventar por excesivo (pues a todas luces excede el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ ha recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas- regulatorias, garantice que la infraestructura de ENEL podrá en adelante ser usada bajo condiciones que no terminen forzando a AZTECA PERÚ a descolgar la fibra óptica o devolver al Estado Peruano el proyecto, por no poder continuar haciendo frente a tales pagos excesivos e injustificados.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 184 de 200

Como indica en su solicitud, es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de ENEL tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que "la idea central de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes"¹²⁸ (énfasis agregado). Bajo este régimen: "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan a un fin de interés público de forma directa (...)" (énfasis agregado).

En ese sentido, manifiesta que si bien AZTECA PERÚ está obligada a pagar a la empresa eléctrica los costos incrementales que le genere la compartición de sus instalaciones esenciales, dicho pago no debe implicar en modo alguno una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, que no sólo comprende a AZTECA sino también a las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto. Considera que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y por tanto, negarse a adecuar el Contrato de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que se refiere pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Como se puede advertir, AZTECA PERÚ refiere que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Compartición o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres de ENEL por disposición de dicho concesionario eléctrico. Ciertamente, manifiesta que las condiciones económicas bajo las cuales ENEL pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.

Señala además que la continuidad en el uso de la infraestructura eléctrica compartida sólo puede entenderse garantizada si realmente se da bajo condiciones de eficiencia económica y, por lo menos, conforme a los principios que rigen el régimen general de acceso y uso de instalaciones esenciales¹²⁹. Manifiesta que el OSIPTEL no puede


¹²⁸ JONES, Alison y SUFRIN, Brenda EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press. 2016, p. 387.

¹²⁹ Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC, artículo 34.

'Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público.

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 185 de 200

obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de ENEL que a la larga inviabilizarán la sostenibilidad económica de la Red Dorsal, impidiendo la consecución de sus objetivos públicos y de interés nacional, como es la masificación y consolidación de la Banda Ancha a nivel nacional, como instrumento de generación de crecimiento social para los peruanos.

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.

2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguiente principios económicos, que regirán la determinación de la contraprestación:

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización, mantenimiento de la infraestructura de uso público.

2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.

3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.


4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.

5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.

6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos. (énfasis y subrayado agregados)



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 186 de 200



Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de participación que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.

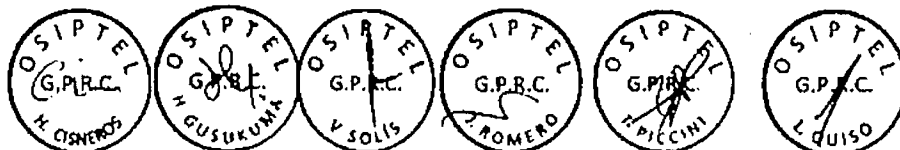
4.4.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


4.4.5.1 COMENTARIOS DE ENEL (Escrito s/n recibido el 06.02.2018).

- No existe peligro de continuidad en el uso compartido de la infraestructura de ENEL. En todo caso, el proyecto de mandato señala que AZTECA PERÚ es responsable de eliminar cualquier situación de riesgo en la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).

ENEL manifiesta que corresponde referirse a lo señalado por AZTECA PERÚ en su solicitud sobre un posible riesgo de continuidad en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, conforme se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

		Av. 26 de Julio 1011 - Piso 5, Miraflores, Lima, Perú Teléfono (511) 615 0533 www.reddorsalnacional.pe
<p>5.5.4. En dicho escenario, ante la resolución del Consejo de Participación, AZTECA tiene la obligación de demostrar al cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ENEL, puesto que de no hacerlo, existe el riesgo de que el propio ENEL sea quien ordene el retiro de los cables.</p> <p>5.5.5. De ese modo, el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de ENEL conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA se pueda interrumpir en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.</p> <p>5.5.6. Claramente, la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñado e implementado, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el correcto uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.</p> <p>5.5.8. En tal caso, AZTECA se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.</p> <p>5.5.9. De ese modo, solicitamos que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Consejo de Participación, con la emisión de un Mandato de Participación, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA como contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL.</p>		




	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 187 de 200

ENEL manifiesta que AZTECA PERÚ sostiene que existe un riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura de ENEL, lo cual perjudicaría la operación de la Red Dorsal y afectaría el interés público protegido por la normativa.

Sobre ello, ENEL señala formal y enfáticamente que: (i) no tiene intención alguna de resolver el Contrato con AZTECA PERÚ; (ii) su representada no dispondrá el retiro de los cables, a menos que la autoridad competente lo exija expresamente y (iii) no existe riesgo alguno de suspensión en el uso compartido de su infraestructura eléctrica, en la medida que ENEL reafirma su compromiso de mantener la continuidad en dicho uso compartido. Todo ello en el marco de los temas planteados por AZTECA PERÚ en su solicitud.

Asimismo, refiere que el supuesto riesgo alegado por AZTECA PERÚ sobre una eventual suspensión en el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL es inexistente. Señala que en el hipotético caso de que existiera algún riesgo al respecto, éste estaría siendo originado por la propia AZTECA PERÚ al cuestionar los términos que fueron pactados en el Contrato a través de la intervención del OSIPTEL. No obstante, el Proyecto de Mandato señala expresamente que cualquier situación de riesgo operativo o financiero como resultado de los acuerdos asumidos por AZTECA PERÚ es de entera responsabilidad de dicha empresa.

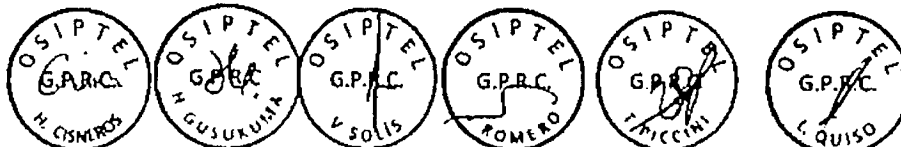
ENEL indica que ello se puede apreciar en el siguiente texto:


	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 109

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:
(...)

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero, como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red -inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causas de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

Asimismo, manifiesta que corresponde que AZTECA PERÚ asuma el valor pactado para la retribución que debe pagarse por el uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL, ya que el riesgo lo estaría generando dicha empresa aun cuando



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 188 de 200

es de su absoluta responsabilidad velar por el correcto funcionamiento de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).

4.4.5.2 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE ENEL (Escrito N° 5 recibido el 22.02.2018).

• **Sobre la continuidad en el uso compartido de su infraestructura**

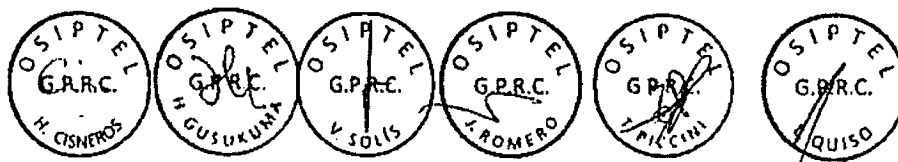
AZTECA PERÚ manifiesta que ENEL nuevamente niega la existencia de peligro en la continuidad del uso compartido de la infraestructura. Ello, en tanto: (i) no tienen intención alguna de resolver el Contrato de Compartición, (ii) no dispondrán el retiro de los cables de AZTECA de sus postes o torres, y en ese mismo sentido, (iii) no suspenderán el uso compartido de su infraestructura eléctrica.


Señala que en los escritos que ha presentado AZTECA PERÚ a lo largo del presente procedimiento ha manifestado que, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que les exigen por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica. En atención a ello, AZTECA PERÚ sólo debe pagar por el espacio que corresponde a sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Refiere además, que ha demostrado que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal en las torres de ENEL sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto de la Red Dorsal.

Asimismo, indica que en el escenario actual, en el cual ENEL viene exigiendo a AZTECA PERÚ (operador de telecomunicaciones a cargo de la Red Dorsal) el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería retribuir por el arrendamiento de las torres y/o postes si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento, se evidencia un riesgo en la continuidad del uso compartido de infraestructura y, con ello, de la Red Dorsal.

Refiere que ENEL alegó que, incluso asumiendo la existencia de un riesgo, éste estaría siendo originado por AZTECA PERÚ al cuestionar los términos pactados en el Contrato de Compartición. Por ello, a criterio de ENEL, como AZTECA PERÚ es el responsable de velar por el correcto funcionamiento de la Red Dorsal, debe asumir cualquier situación de riesgo operativo y financiero, por lo que corresponde que asuma el valor pactado con ENEL.

Manifiesta que resulta insólito que ENEL considere que el riesgo en la continuidad del uso compartido de la infraestructura eléctrica es originado por AZTECA PERÚ, cuando ellos han sido quienes de buena fe solicitaron la modificación de la contraprestación, para que no exceda el precio máximo determinado en aplicación de la Metodología y se respete el marco normativo en la materia, y la empresa eléctrica es quien ha



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 189 de 200

rechazado numerosas veces su solicitud, buscando continuar con la exigencia de una retribución ilegal. En dicho contexto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo la emisión de un mandato, para que se garantice el correcto funcionamiento de la Red Dorsal, luego de que no haya podido arribar a un acuerdo con ENEL.

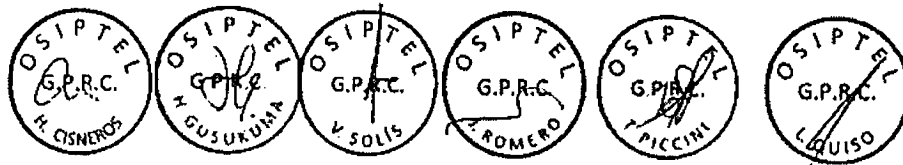
Además, señala que resulta totalmente falso que AZTECA PERÚ tenga que asumir el pago de una contraprestación que ha sido determinada aplicando el valor incorrecto del denominador "Na" y por la que AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando al menos tres (3) veces más de lo que le corresponde. Por el contrario, ENEL es quien tiene que ajustarse a lo establecido en el marco normativo sobre uso compartido de infraestructura. Así, dado que ENEL se rehúsa a respetar el precio máximo legal, la solicitud de emisión de un mandato tiene como función cambiar esta situación, a fin de que AZTECA PERÚ únicamente retribuya a ENEL por el costo incremental en la operación y mantenimiento que genera en la infraestructura eléctrica el apoyo de un solo cable.


AZTECA PERÚ señala que tal como lo ha señalado en su escrito de comentarios al proyecto de mandato, si bien las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo, AZTECA PERÚ tiene el derecho, de considerarlo conveniente, de discutir cualquier discrepancia sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato en el fuero de solución de controversias pertinente. En tal sentido, indica que no corresponde que se analicen situaciones hipotéticas sobre qué es lo que cada una de las partes debe realizar para minimizar el riesgo operativo de la Red Dorsal, pues ello podría constituir una controversia entre las partes que deberá ser resuelta en el fuero correspondiente.

Asimismo, manifiesta que en atención a lo señalado, corresponde desestimar lo alegado por ENEL en este extremo. Indica que como ha podido advertir, ENEL, y no AZTECA PERÚ, es quien ha generado el riesgo en la continuidad de uso de la infraestructura al exigir una contraprestación al menos tres (3) veces mayor al precio máximo legal. Asimismo, expresa que no es cierto que AZTECA PERÚ deba asumir el pago de una retribución ilegal para proteger el despliegue y operación de la Red Dorsal, sino que se debe modificar la contraprestación pactada para que se garantice la viabilidad del proyecto.

4.4.5.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL.

En relación a los comentarios expuestos por ambas partes, se reitera lo expresado sobre este punto en el numeral 4.4.4, así como a las consideraciones expuestas en numerales precedentes sobre la naturaleza y alcance de la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento de emisión de mandato.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 190 de 200

4.5 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ENEL.

4.5.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ señala que el artículo 17 de la Ley de Banda Ancha establece que es considerada como una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada. En ese orden de ideas, considera que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.

Manifiesta que en el caso en particular, ENEL ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado, que busca precisamente asegurar la protección del interés público y que el despliegue de la Red Dorsal no corra peligro. Por tanto, considera que la conducta de ENEL sería ilegal y sancionable por el OSIPTEL.

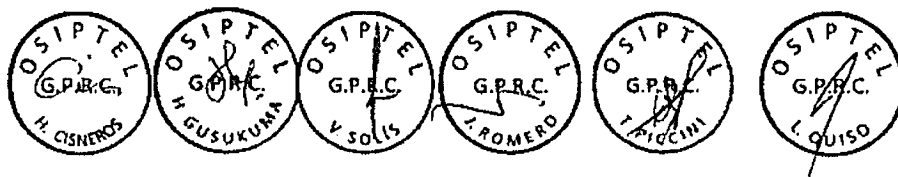
Asimismo, indica que de acuerdo con lo expuesto y en función a lo que se resuelva en razón a la presente solicitud de mandato, el OSIPTEL debería realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ENEL por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.


4.5.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada. Por su parte, el artículo 30.4 de la Ley N° 29904 establece que el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida.

Ahora bien, se debe señalar que frente a una supuesta infracción, corresponde al OSIPTEL el ejercicio de sus funciones supervisora y, en su caso, fiscalizadora. Debe tenerse presente que en el procedimiento de fiscalización el Consejo Directivo interviene como segunda y última instancia administrativa, por lo que no puede adelantar ninguna consideración respecto de lo señalado por AZTECA PERÚ sobre la presunta infracción cometida y la responsabilidad administrativa que correspondería asumir a el(los) presunto(s) infractor(es), a efectos de evitar cualquier transgresión al debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y ENEL en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 191 de 200

4.5.3 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

AZTECA PERÚ y ENEL no formularon comentarios respecto a este punto.

4.6 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL.

4.6.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ AL PROYECTO DE MANDATO (Escrito N° 4 recibido el 06.02.2018)

AZTECA PERÚ señala que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, señalándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de ENEL por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Señala que si bien se encuentra de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que en el mandato, el Consejo Directivo precise el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta que fija para el Contrato de Compartición. Ello, en tanto el Consejo Directivo debe precisar en qué supuestos debe variar la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación consignada en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, así como la oportunidad y la forma de hacerla efectiva.

Asimismo, refiere que la retribución mensual puede ser modificada cuando: (i) OSINERGMIN reajuste los costos regulados de las torres o postes; (ii) el Viceministerio de Comunicaciones disponga el cambio del valor de alguna variable; o, (iii) se modifique la fórmula de cálculo mediante Decreto Supremo. Dichas modificaciones debieran operar siempre que, como consecuencia de las variaciones originadas por los cambios normativos, la contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.

Indica además, que el recalcule y modificación de la retribución mensual deberá operar de manera automática, a partir del siguiente periodo de facturación y sin que sea necesario la suscripción de alguna adenda, siempre que la modificación dispuesta implique una reducción en el monto de la retribución mensual.


AZTECA PERÚ propone que el último párrafo de la Cláusula Cuarta que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, sea modificado conforme al siguiente texto:

Cláusula Cuarta

"(...)

Las partes señalan que estos valores unitarios serán ajustados en forma automática, sin que sea necesaria la suscripción de una adenda al presente Contrato de Compartición, cada vez que los componentes señalados en la fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 192 de 200

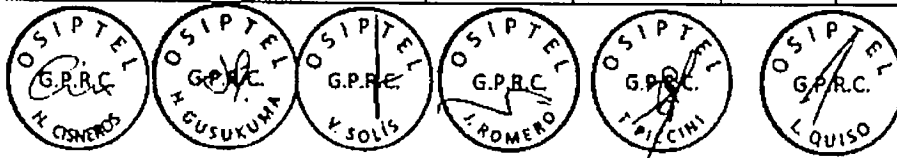
que AZTECA tenga que pagar a ENEL una retribución mensual menor a la vigente en la fecha de modificación de los componentes de la fórmula. De ser ese el caso, la modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste. De igual forma operará la modificación de dichos valores en caso se modifique la metodología de cálculo, salvo disposición normativa en contrario."


Asimismo, solicita al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto anteriormente.

Señala que si bien se ha podido advertir que en el Anexo I del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, se establecen los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de ENEL, resulta fundamental que también la cláusula de contraprestación señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA PERÚ. Ello, a fin de dar certeza y que no exista duda alguna para ninguna de las partes sobre a cuánto asciende la retribución mensual que debe abonarse por uso compartido de infraestructura. En efecto, se debe tener en cuenta que la retribución mensual varía según el tipo de torre, existiendo importantes diferencias de valor entre ellos que pudieran dar lugar a ulteriores desacuerdos entre las partes.

Además, solicita al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación de la Cláusula Cuarta se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre. Asimismo, proporciona dicha información, para que pueda ser incorporada a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe No. 00005-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia del OSIPTEL:

Base de Datos según lo nombrado por OSINERGMIN	Código de la Infraestructura de Soporte Eléctrico (EMPRESA)	Código de la Infraestructura de Soporte Eléctrico (OSINERGMIN)	PRECIO CIF UNITARIO (US\$), sin IGV	RETRIBUCION MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV)	Cantidad de torres y/o postes por retribución mensual	RETRIBUCION MENSUAL TOTAL (US\$ sin IGV)	Cantidad de torres y/o postes por retribución mensual (Azteca)	RETRIBUCION MENSUAL TOTAL (US\$ sin IGV) (AZTECA)
MOD INV 2017	PA18/7600	EA060COU0S0-300-A2	17,210.08	21.80	212	4,621.60	23	501.4
MOD INV 2017	PC18/1100	EC060COU0D0-300-S1	2,375.70	3.00	112	336.00	142	426
MOD INV 2017	PM60C1	EMSU1P60C1	2,141.56	2.70	371	1,001.70	610	1647
SICODI	PPC20	PPC20	364.69	0.46	1326	609.96	1165	535.9
SICODI	PPC24	PPC24	476.76	0.60	809	485.40	645	387
SICODI	PPC35	PPC35	136.80	0.10	254	25.40	490	49
SICODI	PPC38	PPC38	159.17	0.11	267	29.37	692	76.12
SICODI	PPC40	PPC40	206.03	0.15	970	145.50	699	104.85



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 193 de 200

Manifiesta que dada la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de ENEL utilizada por AZTECA PERÚ, solicita al Consejo Directivo que incorporen las columnas con el número de torres arrendadas por cada tipo y el monto total al que asciende la contraprestación por cada tipo de torre, conforme ha sido propuesto anteriormente.

4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


Respecto de lo planteado por AZTECA PERÚ de que cualquier modificación en la fórmula de cálculo de la contraprestación o de sus componentes, sea automática y sin necesidad de que medie una addendum a su contrato y siempre que derive en una contraprestación menor; se debe señalar que el OSIPTEL siempre ha velado porque las retribuciones (pagos) por los servicios mayoristas se retribuyan adecuadamente y en la oportunidad que correspondan. En esa línea, considera que el dinamismo en la variación de los parámetros de la citada fórmula o en la fórmula misma puede generar incentivos para no actualizar oportunamente los montos de las retribuciones ex-post modificación. En ese entendido, la generación de costos de transacción (suscribir adendas) puede desacelerar el traslado de los beneficios producto de dichos cambios.

En razón de ello, se considera razonable el incluir en el presente mandato de compartición que las retribuciones establecidas en su relación de acceso se ajustarán a los cambios en el valor de alguna variable que compone la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 o en la citada fórmula. No obstante, no consideramos adecuado el restringir esa adecuación sólo al escenario en el cual la nueva retribución sea menor, ya que implicaría solo reducir los costos de transacción cuando bajan los precios. En ese contexto, el concesionario eléctrico también tiene derecho a ser retribuido bajo las mismas condiciones cuando el precio sube. De esta forma, la flexibilidad en la aplicación de los nuevos valores será cuando las nuevas retribuciones bajen o suban.

De otro lado, si bien, en estricto, los nuevos valores de retribución debieran comenzar a aplicarse desde la entrada en vigencia de los dispositivos legales que los originaron sin que medie suscripción de addendum alguno; con la finalidad de que la aplicación de los mismo no genere costos operativos, se propone que las nuevas retribuciones sean aplicadas desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que se modificaron las mismas.

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1, la cantidad de torres de cada tipo que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a ENEL, se debe señalar que se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los ocho (8) códigos reportados, manteniéndose los mismos valores de renta mensual unitaria, por arrendatario, publicados para comentarios.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 194 de 200

En consecuencia, la contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL (torres de acero de alta tensión), está será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

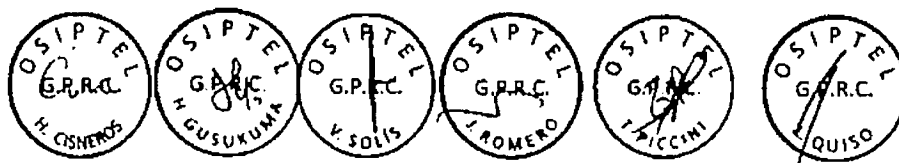
N°	CODIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	TIPO DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV)(*)	CANTIDAD
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	21,80	23
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	3,00	142
3	EMSU1P60C1	AT	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 80' CLASE 1	2,70	610
4	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,46	1165
5	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60	645
6	PPC35	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	0,10	490
7	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	0,11	692
8	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,15	699


(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la Información remitida por AZTECA PERÚ y ENEL, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada torre de ENEL por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Es decir, que si dicha empresa requiriera instalar más de un cable de fibra óptica, pagarla de manera proporcional tantas veces como medios de comunicación instale en una determinada estructura de soporte eléctrico.

4.7 LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.

En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones consideradas en el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 195 de 200

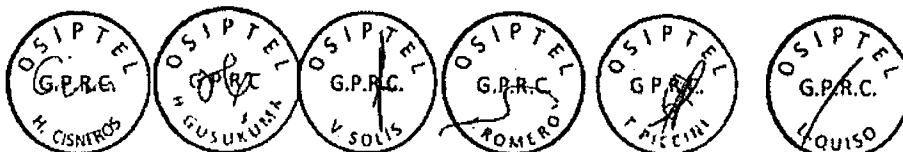
2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.


Adicionalmente, a fin de guardar concordancia con otros mandatos de compartición, en relación a las consideraciones para la aplicación de la retribución mensual por el acceso y uso a la infraestructura del operador eléctrico, se han establecido como parte del presente Mandato de Compartición, las siguientes disposiciones:

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ENEL a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ENEL su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ENEL y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a este organismo.

2. AZTECA PERÚ deberá presentar a ENEL, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ENEL, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ENEL, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ENEL debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.



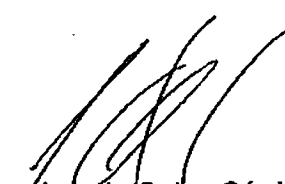
	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 196 de 200

3. De no estar incluido en el cuadro alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ENEL, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.
4. Las retribuciones mensuales establecidas para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ENEL, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales para las variables m, l, h y f definidas en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.


5. CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Mandato de Compartición de Infraestructura con ENEL que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 09 de noviembre de 2015.

Atentamente,


 Lenin Quiso Córdova
 GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA (E)



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 197 de 200

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL

I.1 Modificar el numeral (1) del Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica


La contraprestación por el uso de la infraestructura de ENEL será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

N°	CÓDIGOS DE BASES DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSION	TIPO DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)	CANTIDAD
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1 POSTE AUTOSOPORTABLE DE ACERO (18/7600) DE ÁNGULO MAYOR Y TERMINAL (90°) TIPO ATU1-18	21,80	23
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1 POSTE DE CONCRETO (19/1100) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-19	3,00	142
3	EMSU1P60C1	AT	ESTRUCTURA DE SUSPENSIÓN COMPUESTO POR 1 POSTES DE MADERA TRATADA 60' CLASE 1	2,70	610
4	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,46	1165
5	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60	645
6	PPC35	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	0,10	490
7	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	0,11	692
8	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,15	699

Nota:

(*)Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por AZTECA PERÚ y ENEL, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 198 de 200

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de ENEL por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.


La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ENEL a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ENEL a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ENEL su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ENEL y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a dicho organismo.

AZTECA PERÚ deberá presentar a ENEL, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ENEL, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ENEL, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ENEL debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ENEL, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán



	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 199 de 200

comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.


Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ENEL, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales de los parámetros m , l , h y f definidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste."

- I.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta- Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Por el acceso y uso de la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinada en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del presente contrato."

- I.3 Eliminar el primer párrafo del Anexo No. 1- Condiciones Económicas- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015.



	DOCUMENTO	Nº 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 200 de 200

ANEXO 2

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA
INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ENEL**

(En Disco Compacto)





INFORME N° 251-2013-MTC/26

PARA : Dr. Roberto Ortiz Villevicencio
Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

ASUNTO : Propuesta de Reglamento de la Ley N° 29904 - Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

REF. : Proyecto normativo publicado para comentarios de los interesados mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03.

FECHA : Lima, 17 OCT. 2013

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, a fin de informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, se publicó en el diario Oficial El Peruano el pasado 13 de junio de 2013, el proyecto normativo de Reglamento de la Ley N° 29904 - Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, el Proyecto de Reglamento).
- 1.2 En atención a la referida pre-publicación, se recibieron los comentarios de los siguientes interesados:
 - Ing. Augusto Bernales Figueroa, mediante correo electrónico de fecha 19 de junio de 2013.
 - Partido de Acción y Oportunidad Social - PARTACOS, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - GSMA Latin America, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental de Lima, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Sra. Margaret Matos - Estudio Rodrigo, Elias & Medrano Abogados, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Ing. César Augusto Bazán Rubio, mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Intermexa Perú S.A., mediante correo electrónico de fecha 28 de junio de 2013.
 - Ing. Genghis Ríos, Jefe de la Oficina de Infraestructura Informática Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y representante técnico de la Red Académica Peruana (RAAP), mediante correo electrónico de fecha 29 de junio de 2013.
 - Ing. Carlos A. Miranda Barba, mediante correo electrónico de fecha 30 de junio de 2013.
 - Nextel del Perú S.A., mediante Carta CGR-964/13 recibida en fecha 01 de julio de 2013.
 - Telefónica del Perú S.A.A., mediante Carta DR-107-C-0880/CM-13, recibida en fecha 01 de julio de 2013.
 - América Móvil Perú S.A.C., mediante Carta DMR/CE-FMN° 857/13, recibida en fecha 01 de julio de 2013.
 - ONGEI, mediante correo electrónico de fecha 01 de julio de 2013.
 - Sra. Teresa Tovar Mena, mediante carta s/n, recibida en fecha 01 de julio de 2013.
 - Congresista Mesías Guevara Amasifuen (mesa de trabajo convocada por el Congresista), mediante Oficio N° 0801-2013-MAGA/CR recibido en fecha 04 de julio de 2013.



- 1.3 Por correos electrónicos de fecha 19 de julio de 2013, se remitió al Ministerio de Energía y Minas (MINEM), al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), y al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), la matriz conteniendo los comentarios recibidos al Proyecto de Reglamento, a efectos que éstos sean evaluados en el marco del encargo de proponer el reglamento de la Ley N° 29904, dispuesta por su Octava Disposición Complementaria Final.
- 1.4 Entre los meses de agosto a octubre de 2013, funcionarios de las entidades antes mencionadas han sostenido coordinaciones vía telefónica y correo electrónico, que han permitido elaborar la propuesta normativa final que se aborda en el presente informe.

II. EVALUACIÓN DE LOS COMENTARIOS RECIBIDOS A LOS PROYECTOS NORMATIVOS

Los comentarios remitidos por los interesados respecto de los Proyectos Normativos, han sido evaluados y absueltos en la Matriz de Comentarios (Anexo N° 1), habiéndose considerado en el análisis las opiniones alcanzadas por el MINEM, OSIPTEL y OSINERGMIN.

Como resultado de la referida evaluación, se ha considerado necesario efectuar modificaciones y precisiones al Proyecto de Reglamento, por los argumentos que se exponen en la Matriz de Comentarios y que se resumen a continuación.

2.1 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 5 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

"Artículo 5.- Política Nacional de Banda Ancha

(...)

5.4 La Política Nacional de Banda Ancha se actualizará bianualmente o en las oportunidades que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo estime conveniente, definiendo objetivos y metas específicas de corto, mediano y largo plazo."

Comentario del congresista Mesías Guevara Amasifuen: En el numeral 5.4, se sugiere fijar un plazo máximo de actualización, no dejarlo abierto. Se plantea un plazo de 3 años.

Evaluación DGRAIC: La sugerencia resulta pertinente, en la medida que debería definirse un plazo máximo en el cual se evalúe la necesidad de actualizar la política vigente, siempre que ello resulte necesario. Asimismo, se considera que la evaluación debe ser permanente. En ese sentido, sobre la base de la referida sugerencia, se reformula el numeral en cuestión en los siguientes términos:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

"5.4 La Política Nacional de Banda Ancha se actualizará bianualmente o en las oportunidades que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo estime conveniente, definiendo objetivos y metas específicas de corto, mediano y largo plazo. Será evaluada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones permanentemente, quien de resultar necesario, formulará la actualización respectiva al menos una vez cada tres (3) años."

2.2 MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 6 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

- **Primera modificación al numeral 6.1:**

"Artículo 6.- Principios para la formulación de la política nacional y políticas sectoriales en Banda Ancha



6.1 La política nacional y las sectoriales en Banda Ancha se formularán y actualizarán sobre la base de los siguientes principios: (...)"

Comentario del congresista Mesías Guevara Amasifuen: Sugiere que solo debe hablarse de una Política Nacional de Banda Ancha, la cual debe concretarse en el Plan Nacional de Banda Ancha; por su parte, los sectores deben planificar y ejecutar programas, proyectos y actividades alineados y en cumplimiento de la política y plan nacional.

Evaluación DGRAIC: El numeral 6.1 del Reglamento a ser aprobado, se encuentra concordado con el numeral 1 del artículo 4 de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), marco normativo que distingue las políticas nacionales y las políticas sectoriales que corresponde aprobar al Poder Ejecutivo. Sin perjuicio de ello, se acoge la sugerencia y se replantea el artículo en los términos propuestos en el sentido de hacer referencia a una sola política de banda ancha, de carácter nacional, propuesta por este Ministerio y aprobada conforme a la LOPE, con la finalidad de tener una única directriz a seguir en materia de banda ancha (Política Nacional) sobre la cual se desarrollen programas, proyectos y actividades de manera alineada y consensuada.

En ese sentido, sobre la base de la referida sugerencia, se reformula la disposición en cuestión en los siguientes términos:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

"Artículo 6.- Principios para la formulación de la política nacional y políticas sectoriales de en Banda Ancha

6.1 La política nacional y las sectoriales en de Banda Ancha se formularán y actualizarán sobre la base de los siguientes principios: (...)"

• Segunda modificación al numeral 6.1 (literal b):

*"6.1 (...)
b) Asequibilidad: Ayuda a que los servicios de telecomunicaciones de Banda Ancha puedan ser pagados por quienes deseen servirse de ellos, sin tener que desprenderse de necesidades básicas.
(...)"*

Comentario del congresista Mesías Guevara Amasifuen: Señala que el proyecto dedica un buen espacio a la RDNFO (conectividad), gobierno electrónico (contenidos y aplicaciones) y alfabetización digital (usuarios), no así a los dispositivos, no obstante que la penetración de dispositivos como las PCs en Perú es 35% y en Chile alcanza el 100%. En ese sentido, considera importante incluir un artículo que de pie a una posterior normativa específica en la materia.

Evaluación DGRAIC: Se coincide con el comentario, por lo que se recoge la sugerencia sobre la asequibilidad de dispositivos y terminales en el literal b) del numeral 6.1. En efecto, el acceso a dispositivos es un componente clave del sistema de Banda Ancha, según se señala en el literal a) del numeral 6.1 del Proyecto de Reglamento. En ese sentido, la mención a los dispositivos en el artículo referido a la política nacional de Banda Ancha, es que éstas puedan incluir medidas como las planteadas en el comentario.

Por ello, en atención a la sugerencia planteada, se debe señalar que para el aprovechamiento efectivo de la Banda Ancha se requiere el acceso o adquisición de los dispositivos correspondientes, por lo que se incluye su mención en el principio referido a Asequibilidad. De esta manera las políticas de Banda Ancha podrían incluir, por ejemplo, medidas tributarias impulsadas en coordinación con el Ministerio



rector en dicha materia (Ministerio de Economía y Finanzas), para reducir el precio final de venta de las computadoras, tabletas u otros dispositivos.

En ese sentido, sobre la base de la referida sugerencia, se modifica la disposición en cuestión en los siguientes términos:

Propuesta de texto (en negrita):

**"6.1 (...)
b) Asequibilidad: Ayuda a que los servicios de telecomunicaciones de Banda Ancha y los dispositivos que permiten su utilización, puedan ser pagados por quienes deseen servirse de ellos, sin tener que desprenderse de necesidades básicas.
(...)"**

• Tercera modificación al numeral 6.1 (literal e):

**"6.1 (...)
e) Libre elección de los usuarios: Se buscará que en los mercados de servicios finales y de valor añadido, se generen o fortalezcan condiciones que permitan a los usuarios de la Banda Ancha, elegir libremente a sus proveedores de servicios, contenidos, aplicaciones y dispositivos, para lo cual se prevendrán o resolverán las fallas de mercado o prácticas restrictivas que pudieran alterar, se promoverá la conformación de entornos competitivos y se valorará por que los usuarios cuenten con servicios de una calidad mínima garantizada y con información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible.
(...)"**

Comentario de Telefónica del Perú S.A.A: Señala que un aspecto importante que debe ser modificado en la versión final de la norma, corresponde al alcance efectuado en el literal e) de numeral 6.1 referido al principio de "libre elección de los usuarios" al proponer que "se valorará por que los usuarios cuenten con servicios de una calidad mínima garantizada". En ese sentido, plantea eliminar la referencia a una calidad mínima garantizada de los principios formulados, dado que si bien resulta un derecho del usuario acceder a un servicio de calidad, en la calidad del servicio percibida influye una serie de factores externos que no permiten garantizarla de extremo a extremo.

Indica al concesionario que la red de acceso a Internet es una red por naturaleza *best effort*, es decir, que, a pesar de los esfuerzos desplegados por los proveedores, estos carecen de la capacidad de garantizar la calidad del servicio extremo a extremo (paquetes de datos transmitidos). Ello, señala, se debe principalmente al propio funcionamiento de la red de acceso a Internet y a sus características particulares:

- (i) Se trata de una red de redes, en la cual la velocidad de extremo a extremo depende del funcionamiento de las redes implicadas.
- (ii) En el caso del acceso a Internet móvil, el operador solo es responsable de un tramo de la conectividad (red de acceso).
- (iii) Existen factores externos que afectan el funcionamiento de la red, como el factor climatológico, estado de los equipos terminales, etc.

Asimismo, señala el concesionario que la red de acceso a Internet móvil cuenta con más particularidades, ya que existen recursos que son compartidos entre la totalidad de los usuarios (espectro, la cobertura de usuarios por célula, la capacidad de transmisión) y, su disponibilidad depende de variables que quedan al margen del control de los operadores; tales como, la propagación radioeléctrica en relación a las condiciones climatológicas, los obstáculos entre el terminal y la estación base, etc.



Evaluación DGRAIC: El principio que hace referencia a la calidad del servicio, se orienta a que los usuarios puedan contratar servicios que se brinden en un entorno donde se garantice una calidad mínima, a fin de que tengan predictibilidad en cuanto a la capacidad de sus conexiones de Banda Ancha para el uso de contenidos y aplicaciones.

Ahora bien, las consideraciones técnicas expresadas por Telefónica del Perú S.A.A., apuntan a que no sería técnicamente posible garantizar a cada uno de sus usuarios de manera individual, una calidad mínima todo el tiempo; sin embargo, sí es técnicamente factible garantizar un comportamiento de la red o del servicio considerando un nivel de agregación mayor al Individual; es decir, la calidad puede estar garantizada a nivel de elementos de red (vg. estaciones base, centrales, enlaces), por zonas geográficas (vg. ciudades, distritos, provincias), a nivel global, como un promedio, como percentiles, entre otras formas de evaluación.

En ese sentido, a efectos de dotar de claridad a la disposición, se acoge parcialmente la propuesta del concesionario y se efectúan modificaciones al literal e) del numeral 6.1 del Proyecto de Reglamento, de acuerdo al siguiente texto:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

"6.1 (...) e) Libre elección de los usuarios: Se buscará que en los mercados de servicios finales y de valor añadido, se generen o fortalezcan condiciones que permitan a los usuarios de la Banda Ancha, elegir libremente a sus proveedores de servicios, contenidos, aplicaciones y dispositivos; para lo cual se prevendrán o resolverán las fallas de mercado o prácticas restrictivas que pudieran alterar, se promoverá la conformación de entornos competitivos y se velará por que los usuarios cuenten con servicios que cumplan con requisitos mínimos de una calidad mínima garantizada, con información oportuna, suficiente, veraz, claramente distinguible y fácilmente accesible.
(...)"

2.3 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 7 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

"Artículo 7.- Política Nacional de Gobierno Electrónico
7.1 La Política Nacional de Gobierno Electrónico se aprueba y actualiza periódicamente mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta de la ONGEI.

7.2 El cumplimiento de la Política Nacional de Gobierno Electrónico será obligatorio para todas las entidades estatales de la Administración Pública, a que se refiere el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley 27444."

Comentario del congresista Mesías Guevara Amasifuen: Respecto del numeral 7.1, se sugiere que debe fijarse un plazo máximo de actualización y no quedar abierto; para lo cual, propone un plazo de 3 años. Asimismo, considera que esta política debe concretarse en el Plan Nacional de Gobierno Electrónico.

Evaluación DGRAIC: En atención al comentario al numeral 7.1 del Proyecto de Reglamento, coincidimos con la importancia de que debería definirse un plazo máximo para actualizar la política, en caso se determine que existe la necesidad de actualizarla. En ese sentido, sobre la base de la referida sugerencia, se modifica el numeral 7.1 y se añade un numeral adicional 7.3 en el mismo artículo, conforme se muestra a continuación:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

"7.1 La Política Nacional de Gobierno Electrónico se aprueba y actualiza periódicamente mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta de la ONGEI.



(...)
7.3 La Política Nacional de Gobierno Electrónico será evaluada permanentemente por la ONGEI y de resultar necesario, se actualizará al menos una vez cada tres (3) años."

2.4 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 9 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Artículo 9.- Otras características técnicas de las conexiones a Internet de Banda Ancha

9.1 El OSIPTEL determinará y actualizará periódicamente los indicadores y requisitos mínimos de calidad de las conexiones que califiquen como accesos a Internet de Banda Ancha Fija, alámbrico e inalámbrico, y Banda Ancha Móvil, los que serán de obligatorio cumplimiento para los Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet.

9.2 El OSIPTEL implementará herramientas de medición de velocidad tanto para accesos alámbrico como inalámbrico, compatibles con los equipos terminales fijos y móviles existentes en el mercado, que permitan a cada usuario evaluar bajo parámetros uniformes y de forma inmediata la velocidad efectiva de subida y de bajada de su conexión, y acumular un registro histórico de sus mediciones, entre otras características que defina el OSIPTEL.

Asimismo, el OSIPTEL podrá definir mecanismos para realizar mediciones que puedan ser utilizadas por los usuarios como sustento para eventuales procesos de reclamos en materia de calidad del servicio en función a la disponibilidad de herramientas idóneas para dichos fines.

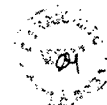
• Primera modificación al artículo 9 (Incorporación de un segundo párrafo al numeral 9.1):

Comentario de Telefónica del Perú S.A.A.: Señala que la redacción del artículo 9º resulta confusa, en tanto se establece que los indicadores y requisitos mínimos de calidad serán de obligatorio cumplimiento para aquellos operadores de telecomunicaciones y proveedores de acceso a internet que cuenten con conexiones que califiquen como accesos a Internet de Banda Ancha. De ello, infiere que los requisitos e indicadores son aplicables a todos los proveedores y operadores de acceso a internet que cuenten con conexiones que califiquen como Banda Ancha, aun cuando las mismas no sean comercializadas como tal.

En ese sentido, el concesionario solicita que se precise que dichos requisitos mínimos de calidad serán impuestos a los operadores y proveedores que cuenten con conexiones que sean comercializadas como acceso a Internet de Banda Ancha en la medida que lo que está detrás de dicha disposición es que el usuario que contrata un servicio de internet Banda Ancha reciba la calidad esperada para dicho servicio. Menciona que de no realizarse dicha precisión se podría afectar el derecho a la libertad de empresa de los operadores y proveedores de acceso a internet que han optado por comercializar sus servicios de internet ofreciendo condiciones que se adecuan a las necesidades de sus clientes y que pese a que podrían cumplir en determinados supuestos con las características del internet de Banda Ancha, no han optado por ello al no poder garantizar como pretende el Estado una velocidad mínima garantizada.

Evaluación DGRAIC: En relación al comentario del concesionario, se debe señalar que los requisitos de calidad son aplicables a cualquier servicio. El Estado detenta un rol tutelar sobre ellos y sobre la base de dicho rol, el OSIPTEL ha venido fijando ya indicadores y requisitos mínimos de calidad aplicables a diversos servicios públicos de telecomunicaciones desde hace varios años. En ese sentido, el hecho de que por efecto de la Ley N° 29904, ahora se distinga entre conexiones de banda ancha y conexiones que no lo son, no se justifica que el rol tutelar del Estado a favor de los usuarios deba ser abandonado respecto de conexiones que no son de banda ancha, como se sugiere.

En virtud de lo expuesto, a fin de clarificar el sentido y alcance del artículo, se agrega un segundo párrafo al numeral 9.1, de acuerdo al siguiente texto:





Propuesta de texto (en negrita y cursiva):

"La presente regulación sobre indicadores de calidad en banda ancha que desarrollará OSIPTEL en virtud de la presente norma, no enerva las atribuciones que ya detenta el referido organismo regulador en materia de calidad del servicio de acceso a Internet."

• **Segunda modificación al artículo 9 (modificación del numeral 9.1):**

Comentario de Nextel del Perú S.A.: Ponea que no deben establecerse indicadores de calidad obligatorios para el acceso a Internet de banda ancha, en la medida que de no cumplir la empresa operadora con la velocidad ofrecida será el propio consumidor, y por ende el mercado, quien la sancione, pues, conforme a la normatividad vigente, en caso los problemas de calidad no se solucionen y en el escenario de un contrato de servicios sujeto a plazo forzoso, el consumidor se encuentra facultado a resolver su contrato de abonado sin pago de penalidades por el plazo inconcluso.

Señala el concesionario que la calidad del servicio es una variable clave para la competencia en el mercado, en la medida que fomenta la innovación y promueve la eficiencia. La mayoría de los usuarios optan entre un operador u otro debido a la relación existente entre la calidad ofrecida y el precio requerido. Las necesidades de calidad varían significativamente, no solo entre diferentes perfiles de consumidores, sino también entre diferentes tipos de aplicaciones y servicios. Por ello, regulaciones que no tengan en cuenta la naturaleza de las redes móviles y el funcionamiento competitivo de estos servicios pueden resultar en barreras a su desarrollo, generando un impacto negativo en la disminución de la brecha digital y promoviendo un uso ineficiente del capital invertido, una barrera para maximizar el bienestar social.

En el supuesto que no se atienda el requerimiento del concesionario, solicita que se sirvan eliminar la posibilidad que OSIPTEL establezca metas de cumplimiento de indicadores de calidad y consiguiente las posibilidad de sancionar su incumplimiento. Sustenta su solicitud en que la norma debe promover la eliminación de la existente asimetría informativa, lo cual se logra estableciendo únicamente la obligación por parte de las empresas operadoras de contar e informar de forma adecuada a sus usuarios. Contando con dicha información, el usuario podrá libremente elegir qué producto, servicio o plan tarifario prefiere y, de ser el caso, qué empresa de telecomunicaciones le proveerá el servicio.

En ese sentido, en aplicación del principio de subsidiariedad en la actuación de la administración, en caso el Ministerio u OSIPTEL consideren imprescindible establecer una velocidad mínima para que un acceso a Internet pueda ser considerado como de banda ancha, ésta regulación sólo debe estar dirigida a disminuir la asimetría informativa, sin generar mayores gravámenes y costos irre recuperables para las empresas operadoras. Siendo que tales costos perjudican también de forma indirecta a los consumidores por la aplicación de mayores tarifas y al mercado en general pues le restan competitividad.

Evaluación DGRAIC: Si bien es cierto que existen diversos factores exógenos que afectan el correcto funcionamiento de las redes de telecomunicaciones y que no permiten brindar condiciones de calidad permanentes a cada usuario; no por ello se puede justificar que la regulación sobre calidad deba estar ausente, ya que es factible arribar a un punto intermedio entre el interés de las empresas operadoras y el interés de los usuarios de tener predictibilidad sobre las condiciones bajo las cuales se les prestarán los servicios de aquellas; estableciendo indicadores de calidad.



En esa línea, dimensionando las referidas contingencias, el OSIPTEL puede establecer parámetros de tolerancia en las condiciones de calidad; con la idea de reconocer a las empresas un margen que les permita enfrentar dichos factores exógenos. Con ello, a diferencia de lo que ocurre actualmente, se mejorará la percepción y experiencia de uso que tienen los usuarios respecto de la calidad de los servicios que adquieren; aspecto que finalmente redundará en el beneficio de los propios operadores.

Afirmar que el poder de sanción del consumidor es suficiente para resolver la problemática de calidad, es erróneo, dado que ese poder se materializa únicamente en una capacidad de elegir y no viene acompañado de un acto penalizador o disuasivo de los ofertantes del servicio. Esta situación se agrava cuando ese poder de elección no descansa en mecanismos que permitan a los usuarios distinguir las opciones de mercado que tienen; ello en atención a que no existen actualmente parámetros comparables que les permitan diferenciar las ofertas de mercado.

Es por ello, que la respuesta regulatoria en este extremo justamente plantea la FIJACIÓN DE INDICADORES, esperándose que dichos indicadores permitan a los usuarios comparar objetivamente las ofertas de las empresas operadoras en cuanto a sus niveles de calidad, lo que finalmente orientará de mejor manera su decisión de consumo.

Si bien existen factores exógenos que afectan el servicio (tal y como se ha expuesto), se debe tener en cuenta que estos indicadores deben estar acompañados de parámetros de tolerancia (que serán actualizables periódicamente) los cuales permitirán a las empresas justificar dentro de márgenes razonables, las eventuales degradaciones en la prestación de sus servicios; opción que a diferencia de la situación actual, permitirá a los usuarios conocer si la prestación de su operador decae por debajo del margen aceptable (ahora conocido), lo que a su vez permitirá a dicho usuario comparar la oferta de su Operador con las demás ofertas del mercado.

Por las razones expuestas, tampoco se puede asumir que la potestad de resolver el contrato que tienen los usuarios sea una medida que garantice la mejora de la calidad.

Finalmente, sobre la fijación de requisitos mínimos de calidad, cabe señalar que estos requisitos no se definen en la presente norma, siendo por tanto prematuro cuestionar su fijación en esta oportunidad.

Sin perjuicio de ello, sobre la base de lo expuesto, el numeral 9.1 del artículo bajo análisis se precisa en los siguientes términos:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

9.1 El OSIPTEL determinará y actualizará periódicamente los indicadores y requisitos mínimos de calidad que permitan a los Usuarios conocer, evaluar y comparar las condiciones bajo las que se presta el servicio de las conexiones que califiquen como accesos a Internet de Banda Ancha Fija, alámbrica e inalámbrica, y Banda Ancha Móvil. Asimismo, en el marco de sus competencias, el OSIPTEL podrá establecer en base a dichos indicadores, requisitos mínimos de calidad los que serán de obligatorio cumplimiento para los Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet.

2.5 MODIFICACIÓN AL NUMERAL 10.4 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Artículo 10.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha - Neutralidad de Red

10.4 El OSIPTEL publicará en su portal de Internet el resultado de las decisiones que su Consejo Directivo emita en virtud de lo dispuesto en el numeral 10.2, indicando al menos el nombre del Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones que ha realizado la solicitud, así como el detalle de las restricciones solicitadas.



Asimismo, publicará un listado de los procedimientos en curso relacionados al incumplimiento de las decisiones que adopte el OSIPTEL en materia de neutralidad de red.
(...)

Comentario de América Móvil Perú S.A.C: Respecto de la publicación de una lista de los procedimientos sancionadores en curso relacionados con el incumplimiento de las decisiones del OSIPTEL sobre neutralidad de red, señala que dicha propuesta contraviene lo dispuesto en forma expresa por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (T.U.O. aprobado por el Decreto Supremo N° 43-2003-PCM), que establece que la información relacionada con investigaciones en curso referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, es considerada como confidencial. En ese sentido, la referida Ley prohíbe expresamente que terceros puedan ser informados de la existencia de procedimientos sancionadores en trámite, por lo que plantea que el segundo párrafo del numeral 10.4 bajo comentario sea eliminado de la norma que finalmente se apruebe.

Evaluación DGRAIC: Con relación a la publicación de los procesos sancionadores en curso, se recoge el comentario de América Móvil; sin embargo se prevé que se deberán publicar los procesos concluidos. En ese sentido, se realiza la siguiente modificación:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

10.4 El OSIPTEL publicará en su portal de Internet el resultado de las decisiones que su Consejo Directivo emita en virtud de lo dispuesto en el numeral 10.2, indicando al menos el nombre del Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones que ha realizado la solicitud, así como el detalle de las restricciones solicitadas. Asimismo, publicará un listado de los procedimientos en curso concluidos relacionados al incumplimiento de las decisiones que adopte el OSIPTEL en materia de neutralidad de red.

2.6 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 12 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

**Artículo 12.- Aprovechamiento de la infraestructura de otros servicios para la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica*

12.1 La necesidad de soportar la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica en la infraestructura de energía eléctrica, hidrocarburos, vial y/o ferroviaria será determinada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Unidad Formuladora MTC.

*12.2 La Unidad Formuladora MTC deberá coordinar con las entidades de la Administración Pública y/o empresas estatales o privadas pertinentes, en tiempo oportuno, a efectos de planificar la implementación ordenada de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, sobre la infraestructura de las redes de energía eléctrica, redes de hidrocarburos, redes viales y/o ferrocarriles.**

Comentarios de la Sra. Teresa Tovar: Señala que el artículo 12 del Proyecto de Reglamento, debería establecer un plazo para que este Ministerio determine la necesidad de utilizar la infraestructura de soporte para la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO), tomando en cuenta que aquella es información relevante para el diseño de cualquier proyecto vinculado con el desarrollo de dicha red. Añade que a la fecha PROINVERSIÓN ya ha convocado el concurso de proyectos integrales para la concesión de la RDNFO, por lo que la determinación de soporte referida en este artículo resulta indispensable para la evaluación a cargo de los interesados.

Evaluación DGRAIC: En relación al comentario, se debe señalar que si bien a la fecha existe un proyecto en PROINVERSIÓN, referido a la RDNFO, ello no agota el hecho que la RDNFO tenga posteriormente rutas adicionales o complementarias; por lo que no es posible determinar un plazo específico. Ahora bien, existe la posibilidad de que el Operador Dorsal, por razones técnicas o



económicas, decida utilizar una ruta intermedia (entre dos localidades a ser atendidas) diferente a la prevista por la Unidad Formuladora MTC

Atendiendo a las referidas consideraciones, se plantea modificar el artículo 12 con el siguiente texto:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

**Artículo 12.- Aprovechamiento de la infraestructura de otros servicios para la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica*

12.1 La necesidad de soportar la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica en la infraestructura de energía eléctrica, hidrocarburos, vial y/o ferroviaria será propuesta determinada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Unidad Formuladora MTC en la etapa de formulación de los proyectos que conformen la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica; sin perjuicio de que el Operador Dorsal utilice otras alternativas de despliegue de dicha red, de considerarlo pertinente.

*12.2 La Unidad Formuladora MTC deberá coordinar con las entidades de la Administración Pública y/o empresas estatales o privadas pertinentes, en tiempo oportuno, a efectos de planificar la implementación ordenada de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, sobre la infraestructura de las redes de energía eléctrica, redes de hidrocarburos, redes viales y/o ferrocarriles.**

2.7 MODIFICACIÓN AL NUMERAL 13.2 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

**Artículo 13.- Utilización de infraestructura existente de empresas estatales*

(...)

*13.2 El uso de la infraestructura señalada en el numeral precedente por parte de Operadores de Telecomunicaciones distintos al Operador Dorsal, se sujetará a la opinión favorable del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien podrá acordar con la empresa estatal y el Operador de Telecomunicaciones del caso específico, en que este último asume compromisos vinculantes para otorgar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, hilos de fibra óptica para el despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica o sus esquemas de redundancia, como parte del respectivo contrato de compartición de infraestructura. Para estos casos, se requerirá la opinión técnica de la Unidad Formuladora MTC.**

Comentario de América Móvil Perú S.A.C: En relación al numeral 13.2, señala que resulta importante que en la norma que finalmente se apruebe se especifique el plazo para que este Ministerio emita su opinión favorable, considerando que resulta necesario para determinar las estrategias de dimensionamiento y atención de cobertura.

Evaluación DGRAIC: Con respecto al plazo para que este Ministerio emita opinión, se recoge la sugerencia, en un nuevo párrafo, adicional al numeral 13.2. Asimismo para mayor claridad se efectúan precisiones empleando el término "Infraestructura de Soporte" definido en el artículo 3 del Proyecto de Reglamento.

En ese sentido, el numeral 13.2 quedaría con la siguiente redacción:

Propuesta de texto (en tachado y negrita):

**Artículo 13.- Utilización de infraestructura existente de empresas estatales*

(...)

13.2 El uso de la Infraestructura de Soporte señalada en el numeral precedente, por parte de Operadores de Telecomunicaciones distintos al Operador Dorsal, se sujetará a la opinión favorable del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien podrá acordar con la empresa estatal y el Operador de Telecomunicaciones del caso específico, en que este último asuma compromisos vinculantes para otorgar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, hilos de fibra óptica para el



despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica o sus esquemas de redundancia, como parte del respectivo contrato de compartición de infraestructura. Para estos casos, se requerirá la opinión técnica de la Unidad Formuladora MTC.

La opinión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones referida en el párrafo precedente, será emitida en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario desde recibida la información georeferenciada, detallada y completa de la infraestructura de Soporte a afectar que propone utilizar el Operador de Telecomunicaciones del caso específico. Si dicha infraestructura es de interés para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Operador Dorsal, se deberán acordar las condiciones de su utilización con el Operador de Telecomunicaciones y la empresa estatal proveedora de la infraestructura de Soporte del caso, en un plazo adicional."

2.8 MODIFICACIÓN AL NUMERAL 17.1 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

"Artículo 17.- Acceso y utilización de información preventiva para la proyección del trazado de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

17.1 Los Subsectores de Energía y Transportes, así como las empresas estatales que operan bajo el ámbito del FONAFE que brindarán soporte a la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, remitirán a la Unidad Formuladora MTC y a la OPI-MTC, sus respectivos Planes Multianuales de proyectos de inversión privada y pública, debidamente aprobados, en su caso, actualizados por el órgano competente de cada entidad; siendo éstas las entidades encargadas del cumplimiento de lo dispuesto en el presente numeral: (...)"

Comentarios de la Sra. Teresa Tovar: En relación al numeral 17.1, se considera que debería establecerse un plazo para la remisión de la información que se indica a la Unidad Formuladora MTC y a la OPI-MTC.

Evaluación DGRAIC: El plazo en cuestión se encuentra definido en una disposición complementaria transitoria del Proyecto de Reglamento. En ese sentido, para un mejor entendimiento de la norma se incluye la referencia respectiva.

Propuesta de texto (en negrita):

17.1 Los Subsectores de Energía y Transportes, así como las empresas estatales que operan bajo el ámbito del FONAFE que brindarán soporte a la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, remitirán a la Unidad Formuladora MTC y a la OPI-MTC, sus respectivos Planes Multianuales de proyectos de inversión privada y pública, debidamente aprobados, en su caso, actualizados por el órgano competente de cada entidad, en el plazo señalado en la Sexta Disposición Complementaria Transitoria; siendo éstas las entidades encargadas del cumplimiento de lo dispuesto en el presente numeral.

2.9 MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 22 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Artículo 22.- Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

22.1 La construcción, operación, mantenimiento y explotación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, podrá ser entregada en concesión por el Estado Peruano, a través de PROINVERSIÓN, para su implementación de manera progresiva, bajo la o las modalidades y condiciones que se definan en el proceso de promoción de la inversión privada respectivo, sin perjuicio de que la titularidad de la referida red corresponde al Estado.

22.2 El Viceministro de Comunicaciones definirá las condiciones técnicas, económicas y legales que resulten necesarias para determinar el alcance y condiciones de la concesión a que se refiere el presente artículo.



22.3 Con la finalidad de fomentar la competencia y evitar un alto grado de concentración en el mercado en el que operará el adjudicatario de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, no podrán participar en el proceso de adjudicación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aquellos Operadores de Telecomunicaciones o sus Empresas Vinculadas que cuenten con una participación de mercado superior al 25%. Las participaciones de mercado se determinarán en función de la extensión de las redes de fibra óptica desplegadas por los Operadores de Telecomunicaciones a nivel nacional, antes de la selección del Operador Dorsal.

22.4 Las Empresas Vinculadas con el Operador Dorsal no podrán prestar el servicio portador que preste el Operador Dorsal en los lugares donde debe desplegarse la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Para los demás servicios que presten dichas Empresas Vinculadas, se aplicarán los mecanismos de control y separación funcional que el Estado imponga al Operador Dorsal para evitar prácticas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

• Primer cambio: eliminación del numeral 22.3

Comentario de América Móvil Perú S.A.C.: El concesionario señala que la Ley N° 29904 no ha establecido una prohibición como la contenida en el numeral 22.3, debido a que la opción del legislador fue no limitar de ese modo la participación de ningún agente en la licitación y, por ello, el Reglamento que se pretende aprobar no puede establecerla.

Señala que el Proyecto de Reglamento pretende crear un mecanismo que no tiene sustento normativo ni en la Ley de Telecomunicaciones ni en la propia Ley N° 29904, es decir, prohibir directamente la participación de empresas vinculadas a grupos que concentren una participación de mercado superior al 25%. La intensidad de la referida prohibición es tal que consideramos que el mecanismo devendría en una actuación estatal que podría atarrear su nulidad, poniendo en riesgo los resultados de una eventual licitación que acoja dicha prohibición.

Refiere que la prohibición de determinadas empresas a participar en la licitación de RDNFO constituiría una violación directa al derecho constitucional a la libre empresa, más aún cuando dicha prohibición tan severa estaría incluida en una norma reglamentaria y no en una norma con rango de ley. Según lo señalado en la Exposición de Motivos del Proyecto, dicha limitación se encontraría sustentada en que anteriormente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha establecido una limitación análoga al señalar límites a las porciones de espectro respecto de los cuales una empresa puede ser titular. Sin embargo, una situación particular como la del espectro radioeléctrico no se presenta en el caso de la RDNFO, compuesta principalmente por obras civiles y fibra óptica, servicios y productos que pueden adquirirse en los diversos mercados, sin que ninguno de ellos constituya un recurso natural y menos estatal, motivo por el cual, consideramos que dicha prohibición debe ser eliminada de la norma que finalmente se apruebe.

Asimismo, manifiesta el concesionario que según lo expuesto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento, en un mercado con un índice HHI por encima de 2500 puntos se facilitaría la práctica de conductas anticompetitivas. Sin embargo, para el concesionario, pese a que el mercado peruano presenta una concentración mayor a la referida (2500 puntos en el índice HHI), no existe el riesgo de que la empresa se coluda con sus competidoras, pues esto se contradice con las "agresivas estrategias comerciales" implementadas por América Móvil. Además, señala que la propuesta del Proyecto es incoherente con sus propios fundamentos, debido a que en lugar de intentar reducir la concentración del mercado la incrementa, en tanto promueve que un operador (Interhexa Perú S.A.) obtenga la adjudicación. Todo ello resulta perjudicial para el bienestar social debido a impide que operadores experimentados participen en la licitación y que por ende los costos de provisión del servicio del operador RDNFO no sean los más eficientes.



Evaluación DGRAIC: Respecto del comentario de América Móvil Perú S.A.A., sobre la ausencia en la Ley N° 29904 de la prohibición contenida en el numeral 22.3 del Proyecto, se debe señalar que la reglamentación de dicha ley debe encontrarse en armonía tanto con la Ley N° 29904, como con la Constitución y la Ley de Telecomunicaciones, en donde se establece el deber del Estado de facilitar y fomentar la competencia en sus artículos 61 y 6, respectivamente.

En ese sentido, se debe considerar que el Estado tiene un deber de regular el mercado de telecomunicaciones, de forma que se asegure su normal desenvolvimiento y así garantizar un proceso competitivo idóneo, en términos del bienestar social agregado, especialmente de los usuarios.

En esa línea, se debe enfatizar que la disposición en cuestión estaba concordada con el artículo 61 de la Constitución y el artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones. La referida previsión estaba sustentada en que algunas empresas podrían concentrar el mercado en niveles sumamente altos, en los que la literatura económica advierte que se generan riesgos de colusión y se origina poder de mercado, a través del cual se facilita el desarrollo de prácticas anticompetitivas. Asimismo, se debe recordar que, de acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones (art. 6), en este sector el Estado no solo debe intervenir *ex post* sancionando las prácticas anticompetitivas, sino que debe fomentar la libre competencia e intervenir *ex ante* para evitar prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

En particular, el derecho a la libre empresa alegado por el concesionario, queda armonizado con el principio constitucional de promoción de la competencia, debiendo recordarse que de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 010-2002-TC-AI, STC 004-2004-AI-TC, STC 010-2010-PI-TC, STC 032-2010-PI-TC), ningún derecho es absoluto y por ello en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos.

En relación al comentario del concesionario relativo a que se habría sustentado del numeral 22.3 del Proyecto, en base a antecedentes de la gestión del espectro radioeléctrico, se debe aclarar que el entendimiento del concesionario no es del todo preciso, toda vez que la Exposición de Motivos señala otros fundamentos distintos a los referidos antecedentes. En ese sentido, en la Exposición de Motivos se hizo expresa mención a que la analogía en cuestión se sustentaba en que la "asignación del espectro radioeléctrico impacta en la estructura del mercado" y que era consistente con el rol del Estado "promotor y facilitador de la competencia y en cautela del normal desenvolvimiento del mercado"; siendo éstos elementos, similares a los considerados en la formulación del numeral 22.3 del Proyecto.

De otro lado, en relación a la supuesta arbitrariedad de la disposición tomando como referencia una participación de mercado superior al 25%; se debe aclarar que dicha apreciación es incorrecta, en tanto no toma en cuenta que diversos referentes internacionales y literatura económica reconocen que un mercado altamente concentrado es aquel cuyo IHH (Índice de Herfindahl-Hirschman) supera los 2500 puntos; lo cual es equivalente a la existencia de 4 empresas en el mercado con una participación equitativa del 25%.

Por ejemplo, los Lineamientos para Concentraciones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines) utilizados por el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos, clasifican los mercados de la siguiente forma:

- Mercados desconcentrados (Unconcentrated Markets): HHI debajo de 1500.
- Mercados moderadamente concentrados (Moderately Concentrated Markets): HHI entre 1500 y 2500.
- Mercados altamente concentrados (Highly Concentrated Markets): HHI sobre 2500.



Respecto del cuestionamiento de que se estaría promoviendo que un concesionario determinado gane la licitación, se rechaza dicha alegación y se señala que carece de todo fundamento, dado que el Proyecto solo establecía un parámetro objetivo, en tanto que será un concurso público abierto el que determinará qué condiciones y requisitos habrán de cumplir los postores y el adjudicatario del concurso, que perfectamente pueden ser empresas distintas a la señalada en el comentario.

En ese sentido, es también infundado el cuestionamiento relativo a que no habrá presión competitiva en el proceso de licitación y que la RDNFO operará a costos no eficientes. Las entidades involucradas en el otorgamiento de la concesión (PROINVERSION, MTC) precisamente se encuentran enfocadas en generar competencia por el mercado y lograr que la RDNFO opere a costos eficientes. En cualquier caso, los postores del citado concurso bien podrían proponer mejoras a las reglas del concurso, para lograr los citados objetivos.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se ha considerado conveniente retirar el numeral 22.3 publicado para comentarios. Ello debido a que en la versión final del Reglamento se incluyen obligaciones específicas de separación funcional al Operador Dorsal y a sus empresas vinculadas, las cuales permitirán reducir sustancialmente los riesgos de conductas anticompetitivas por parte del grupo económico que se adjudique la construcción y explotación de la RDNFO.

En efecto, las referidas disposiciones se encuentran en el numeral 22.4 y el artículo 23 publicados para comentarios, así como en la modificación del presente numeral 22.3. En particular, en este último numeral, en el marco del precitado artículo 6 del T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones, se establece que las empresas vinculadas al adjudicatario podrán encontrarse obligadas a asumir medidas regulatorias especiales en materia tarifaria, control de conductas, entre otras, según lo disponga el OSIPTEL.

De esta manera, se permite que el grupo económico adjudicatario participe y ejerza su derecho a la libertad de empresa, y a la vez se reducen mediante la regulación, los incentivos que los integrantes de dicho grupo podrían tener para: i) atribuir al Operador Dorsal los costos comunes de operaciones distintas (una regulada y otra no regulada), y así reducir sustancialmente los costos de alguna operación no regulada, con lo que podría ofrecer servicios que no reflejen los costos reales de la operación de una red de fibra óptica; ii) tener comportamientos estratégicos en la administración y gestión comercial de la RDNFO, con la finalidad de incrementar las ventas y utilidades de las operaciones no reguladas, incluso si ello perjudicara del Operador Dorsal; y iii) efectuar conductas anticompetitivas en general, como son las restricciones verticales, considerando que el grupo empresarial tendría operaciones tanto en el mercado mayorista como en los mercados minoristas; afectando así no solo al Operador Dorsal, sino a los demás competidores del mercado.

En consecuencia, se considera necesario incorporar la siguiente disposición en el texto de la norma a ser aprobada:

Propuesta de texto (en negritas)

"22.3 Las Empresas Vinculadas con el Operador Dorsal que brinden servicios públicos de telecomunicaciones en el territorio nacional, estarán sujetas a los mecanismos de regulación tarifaria, control de conductas y otras obligaciones que el OSIPTEL les imponga en el marco de sus facultades, a fin de evitar conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos, como consecuencia de la estructura integrada que poseen dichas empresas."

- **Segundo cambio: modificación del numeral 22.4**



Comentario de Intemexa Perú S.A.: Solicita se elimine la restricción impuesta a las empresas vinculadas del Operador Dorsal para prestar el servicio portador en los lugares donde se desplegará la RDNFO. Señala que esta restricción, teniendo en cuenta la importante inversión hecha por el concesionario durante los últimos años para ampliar su presencia a nivel nacional, presencia que coincide en gran parte con el trazado de la RDNFO, constituiría un serio desincentivo para continuar con la ampliación de nuestras redes y para la participación en el concurso de la RDNFO.

Evaluación DGRAIC: En relación al referido comentario, como hemos sustentado precedentemente, de existir una empresa vinculada ofreciendo el servicio que preste el Operador Dorsal en los mismos lugares; el grupo económico adjudicatario tendría fuertes incentivos para efectuar alguna conducta que perjudique la competencia o al propio Operador Dorsal. Todo ello, sin considerar en dicho análisis, lo insostenible que sería para el Estado Peruano promover una actividad (el servicio portador dorsal) que en lugar de generar condiciones de fomento de la competencia, la perjudica.

Por ello, la solicitud del concesionario para que se elimine la restricción del numeral 22.4 del Proyecto, no puede ser acogida por cuanto su finalidad se sustenta en la necesidad de evitar conductas anticompetitivas del grupo económico adjudicatario, considerando los altos incentivos que han sido explicados precedentemente. Asimismo, consideramos que carecería de sentido, desde el punto de vista empresarial, que dos (2) empresas vinculadas entre sí, presten los mismos servicios en las mismas localidades (a los mismos clientes) debido a que estarían compitiendo entre ellas, lo cual perjudicaría al propio grupo empresarial, por lo tanto si esta es una situación no deseada desde el punto de vista privado, lo es de la misma manera para la RDNFO. Al respecto, podemos señalar que en el mercado peruano no se verifica ninguna empresa o grupo empresarial que aplique esta estrategia, porque dificulta la sostenibilidad de las empresas en el mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, en la medida que ya se encuentra recogida en el numeral 22.3 propuesto, se considera necesario eliminar una parte del numeral en el texto de la norma a ser aprobada:

Propuesta de texto a eliminar (en tachado y negritas)

"22.4 Las Empresas Vinculadas con el Operador Dorsal no podrán prestar el servicio portador que preste el Operador Dorsal en los lugares donde debe desplegarse la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Para los demás servicios que presten dichas Empresas Vinculadas, se aplicarán los mecanismos de control y separación funcional que el Estado imponga al Operador Dorsal para evitar prácticas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia."

2.10 MODIFICACIÓN AL NUMERAL 28.2 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

"Artículo 28.- Reserva para proyectos promovidos por el Estado
(...) 28.2 La reserva del acceso y uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos podrá ser cancelada o modificada por común acuerdo, según el caso, entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el respectivo concesionario de electricidad o hidrocarburos."

Comentarios de América Móvil Perú S.A.C.: En relación al numeral 28.2, estiman necesario que la norma que finalmente se apruebe establezca un plazo máximo de reserva para los proyectos promovidos por el Estado, a efectos de no restringir indefinidamente el acceso a los proyectos de iniciativa privada de los Operadores de Telecomunicaciones.

Evaluación DGRAIC: En atención al referido comentario, a fin de permitir a los concesionarios titulares de la infraestructura, utilizar la infraestructura que fue previamente reservada por este Ministerio; se prevé que el Ministerio deba pronunciarse sobre la necesidad de uso en caso lo soliciten los referidos



titulares. En ese sentido, se propone sustituir el referido numeral 28.2 en los términos siguientes (propuesta de texto en negritas)

"28.2 El otorgamiento de uso de la infraestructura de Soporte ya reservada según lo señalado en el numeral precedente a favor de Operadores de Telecomunicaciones, podrá ser requerido por los titulares de la Infraestructura de Soporte al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien deberá definir en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario, la necesidad de utilización definitiva del tramo de Infraestructura de Soporte requerido."

2.11 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 43 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Artículo 43.- De la RNI
Las universidades públicas e institutos de investigación forman la RNI, cuyo objetivo es integrarse a las redes regionales de investigación y educación del mundo para acelerar los procesos de investigación, desarrollo tecnológico e innovación. Las universidades privadas pueden interconectarse a la RNI.

Comentario del congresista Mesías Guevara: Sugiere se aclare que la RNI, solo transportará tráfico académico.

Evaluación DGRAIC: Se acoge el pedido de precisión, por ello, el artículo queda redactado de la siguiente manera (propuesta de texto en negritas)

"Artículo 43.- De la RNI
(...) 43.2 La RNI se utilizará únicamente para cursar información relacionada con temas académicos, educativos, de investigación y otros que sean propios de la labor universitaria y de los institutos de investigación que la compongan."

2.12 MODIFICACIÓN AL NUMERAL 44.1 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Artículo 44.- Alfabetización digital.

(...) 44.1 El Ministerio de Educación, en coordinación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la ONGEI, establecerá los criterios para la formación y el fortalecimiento de capacidades orientadas hacia el uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicaciones, las que actualizarán periódicamente. En especial, las referidas capacidades se encontrarán relacionadas con el acceso a Internet y al uso de aplicaciones, contenidos y terminales (computadores, tabletas, teléfonos inteligentes, entre otros).
(...)

Comentario de ONGEI: La entidad plantea que la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la ONGEI, en coordinación con el Ministerio de Educación y este Ministerio de Transportes y Comunicaciones, establezca los "criterios para la formación y el fortalecimiento de capacidades orientadas hacia el uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación y Gobierno Electrónico orientadas a la alfabetización digital."

Evaluación DGRAIC: La alfabetización digital es una labor centralmente educativa, razón por la cual, consideramos que es el Sector Educación el competente para liderar esta materia. En ese sentido, la ONGEI y el MTC, deben entenderse como entidades que intervienen en colaboración con dicho sector. En todo caso, se replantea el artículo en los siguientes términos, y se añade una disposición complementaria transitoria orientada a viabilizar la propuesta (propuesta de texto en negritas):

"44.1 El Ministerio de Educación, en coordinación con la ONGEI y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones diseñará el Plan Nacional de Alfabetización Digital, poniendo especial énfasis en la formulación de contenidos educativos y aplicaciones orientados a la fácil comprensión de los educandos, adultos mayores, minorías idiomáticas, personas con discapacidad y demás



grupos étnicos y culturales; complementando dicha labor con actividades orientadas al fortalecimiento de capacidades, uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicaciones: herramientas informáticas y terminales (computadoras, tabletas, teléfonos inteligentes, entre otros)."

"OCTAVA.- En un plazo que no excederá de ciento ochenta (180) días contados desde el día siguiente de la publicación del presente Reglamento, el Ministerio de Educación, contando con la opinión de la ONGEI y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, presentará a la Presidencia del Consejo de Ministros un proyecto de Plan Nacional de Alfabetización Digital, para su evaluación y eventual aprobación."

2.13 INCORPORACIÓN DEL NUMERAL 45.4 Y DE NUEVO ARTÍCULO 46 AL PROYECTO DE REGLAMENTO

Comentario del congresista Mesías Guevara: En forma concordante con los comentarios al artículo 6.1 a, si la política nacional de banda ancha es progresiva y sistemáticamente exitosa, cada vez más ciudadanos peruanos contarán con dispositivos para el acceso a la banda ancha. Tomando esto en cuenta, sugerimos que el Reglamento considere el acceso a las funcionalidades de gobierno electrónico no solo desde las entidades del Estado, sino desde sus hogares o desde sus dispositivos móviles.

Evaluación DGRAIC: Se acoge la propuesta y se incorpora el numeral 45.4 al Proyecto de Reglamento:

Propuesta de texto (en negritas)

"45.4 LA ONGEI coordinará con las distintas entidades del Estado, y fomentará el desarrollo de aplicativos y contenidos de gobierno electrónico compatibles con los equipos terminales fijos y móviles existentes en el mercado."

De manera complementaria a las medidas sobre gobierno electrónico, se debe considerar que un mecanismo importante para acelerar el desarrollo de la Banda Ancha, consiste en incentivar la generación de ideas y emprendimientos en aplicaciones y contenidos, que los usuarios de Banda Ancha perciban como útiles y beneficiosos para sus actividades cotidianas. En ese sentido, de manera concordante con el rol promotor de la Banda Ancha previsto en la Ley N° 29904, se considera necesario que el MTC ejerza su función legal de incentivar el desarrollo de las industrias de servicios informáticos sustentados en base a servicios de telecomunicaciones¹, promoviendo especialmente las industrias de aplicaciones y contenidos que se soporten sobre redes y servicios de telecomunicaciones de Banda Ancha.

En este marco, como parte de las medidas que este Ministerio podrá adoptar en el ejercicio de la referida función, se podrían otorgar estímulos económicos concursables a los emprendedores y micro y pequeñas empresas, a fin de incentivarlos a desarrollar aplicaciones y contenidos de Banda Ancha como los antes referidos. Cabe agregar que una medida de este tipo, permitirá además que el Estado ejerza su rol constitucional de promoción de las pequeñas empresas², cuando éstas participen en el sistema de Banda Ancha.

T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-CC.
"Artículo 75.- Además de las atribuciones señaladas en su propia Ley Orgánica, son funciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en materia de telecomunicaciones, las siguientes:
(...) 8.- Incentivar el desarrollo de las industrias de telecomunicaciones y de servicios informáticos sustentados en base a servicios de telecomunicaciones en orden al desarrollo tecnológico del país." [subrayado agregado]
Cfr. art. 99 de la Constitución.



En atención a lo señalado, se incluye un nuevo artículo 46 en el Proyecto de Reglamento, en los siguientes términos (propuesta de texto en negritas):

"Artículo 46.- Incentivos para el desarrollo de las industrias de contenidos y aplicaciones de Banda Ancha

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones diseñará y ejecutará medidas de incentivo para el desarrollo de la industria de contenidos y aplicaciones de Banda Ancha, las cuales podrán incluir el otorgamiento estímulos económicos concursables para emprendedores y micro y pequeñas empresas, entre otras medidas conducentes a dicho objetivo."

2.14 INCORPORACIÓN DE LITERALES K) Y L) AL ARTÍCULO 49 DEL PROYECTO DE REGLAMENTO

Comentario del Ing. César Bazán Rubio: Señala que en el inciso f) del artículo 49 del Proyecto de Reglamento, se requiere que la Carta compromiso que suscriba el representante legal del administrado, observará las disposiciones legales sobre seguridad que resulten pertinentes. Entre las disposiciones legales de seguridad que toda infraestructura y redes de telecomunicaciones deben cautelar, son, entre otras: la Seguridad de la Información, la Protección de la Confidencialidad; Protección de los Datos Personales; Protección de la salud humana y del ambiente, sin ser exhaustiva.

Evaluación DGRAIC: El numeral f) aludido en el comentario, se refiere a los aspectos físicos de la seguridad, es decir, seguridad física de las personas, de las infraestructuras, etc. que es justamente lo que se desea enfatizar. Por ello, recoger aspectos totalmente diferentes, como la confidencialidad o protección de datos personales, que se encuentran reguladas en otras normas, quitaría el énfasis a la idea original.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos pertinente mejorar los aspectos referidos a la seguridad y responsabilidad de la obra, incluyendo el desvío de tráfico; por lo que se agregan los literales k) y l) al artículo 49 del Proyecto de Reglamento (propuesta de texto en negritas):

"k) Carta de compromiso obligándose a indemnizar los daños y perjuicios, lesiones o muerte de personas derivadas de las omisiones, negligencias propias o incumplimiento de las condiciones de seguridad de la obra.

l) En el caso del cierre total de la vía, plano de propuesta de desvío de tránsito visado por un ingeniero colegiado hábil especializado en transporte o tránsito."

2.15 MODIFICACIÓN DEL ANEXO 1 – METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBURDS

Comentario de la Sra. Teresa Tovar: El Anexo 1 del Proyecto de Reglamento establece la metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos. Sin embargo, algunos de los valores que forman parte de la fórmula consignada en el referido Anexo, se encuentran disponibles en el Sistema de Información de los Costos Estándar de Inversión de los Sistemas de Distribución - SICODI y no son de acceso público actualmente. Al respecto, considera que el acceso al SICODI o a la información sobre estos costos debe ser de acceso público de manera que los Operadores de Telecomunicaciones puedan acceder a dicha información indispensable para la determinación de los costos que podría suponer la compartición de infraestructura.

Evaluación DGRAIC: La información de los costos regulados por el OSINERGMIN en general es pública por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806).



Cabe indicar que la información del SICODI se encuentra bajo la siguiente ruta:

1. <http://www2.osinerg.gob.pe/>.
2. En el Menú del lado izquierdo de la página, Ingresar a: Procedimientos Regulatorios – ACTIVIDADES RELACIONADAS – Distribución Eléctrica.
3. Dar click en: Fijación del VNR Adaptado. En Fijación del VNR Adaptado al 30/06/2008 dar click en: Fijación del VNR Adaptado.
4. Al final de la página se encuentra el Sistema de Información de los Costos Estándar de Inversión de las instalaciones de Distribución Eléctrica (SICODI), para acceder al mismo se debe descargar los siguientes documentos: Instaladores; Manual de Usuario y Base de Datos.
5. En el Manual de Usuario se detallan los pasos a seguir para instalar el Sistema, asimismo, se facilita la clave y el password para acceder al mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha visto conveniente efectuar algunos cambios de forma al Anexo 1, en tanto es texto que no es necesario, sólo en los párrafos que se indican a continuación:

* El pago de la adecuación será trasladado y asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional.*

*TP: Costo de las torres o postes según los costos regulados del sector energía SICODI.
m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, establecido por SICODI

f= 7.2%. Para baja tensión, establecido por SICODI
h= 13.4%. Para media o alta tensión, establecido por SICODI*

De otro lado, consideramos importante incluir información adicional que sustentan en mejor medida los Valores Utilizados en la Fórmula del Anexo, tal como se detalla a continuación:

- i) La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+i_m)$$

- Donde:
Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
B = 1 / Na
Donde Na: número de arrendatarios
i_m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

- Donde:
f: 20%
OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
OMs = I x BT	Baja Tensión
OMs = h x BT	Media Tensión y/o Alta Tensión



BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:
 $BT = (1 + m) \times TP$

Donde:
TP: Costo de las torres o postes según los costos regulados del sector Energía.
m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros
f= 7.2%. Para baja tensión
h= 13.4%. Para media o alta tensión

- ii) Valores de los parámetros "h" y "f"

Se tomaron del estudio del VAD 2009³, que contempla el 13,4% y el 7,2% del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) para determinar el Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) para las zonas del Sector Típico 2 en Media Tensión y Baja Tensión, respectivamente, y se asumió para Alta Tensión el mismo valor de Media Tensión.

Sector Típico 2	MT	BT
VNR	6.346.43	23.451.25
OyM Anual	847.889	1.696.916
%	13.4%	7.2%

Se debe notar que estos porcentajes son anuales, por lo que para el cálculo de la contraprestación mensual, se requiere un ajuste a la fórmula publicada para comentarios, como se indica a continuación:

(...)

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
OMs = I/12 x BT	Baja Tensión
OMs = h/12 x BT	Media Tensión y/o Alta Tensión

(...)*

- iii) Valor del parámetro "m"

Se tomó el máximo valor obtenido del análisis de costos unitarios del armado de distintos tipos de poste para alineamiento, del SICODI 2013³:

CONDICIONES	TIPO DE POSTE	materiales	montaje	"m"
Media Tensión Sector 2: ALINEAMIENTO PARA 3 FASES	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/20/300	293.1	150.9	51%
	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/20/300 (22.9kV)	318.2	150.9	47%
	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/20/300 (Vertical)	316.6	150.9	48%
	POSTE DE HORMIGON SECCION H, 11.50m/300 KG	214.8	150.9	70%
	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.7	217.9	151.8	70%
	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.7 (22.9 kV)	219.0	150.9	69%

Informe N° 0002-2011-GART

Cabe señalar que a la fecha se encuentra en proceso de aprobación el VAD 2013, y según el informe más reciente que ha publicado el OSINERGMIN (Informe N° 0319-2013-GART), se tiene:

Sector Típico 2	MT	BT
VNR	25.947.386	94136.065
OyM Anual	2.562.628	7417.318
%	9.9%	7.9%

Estos valores aun no están aprobados sin embargo pueden ser actualizados en la fórmula posteriormente.
Archivo "ResumenCostosInversion2013.xlsx"



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

Baja Tensión Sector 2: ALINEAMIENTO AP	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts CL.7 (vertical)	238.3	150.9	63%
	POSTE DE METAL DE 13 mts.	772.3	150.9	23%
	POSTE DE MADERA TRATADA DE 9 mts CL.7 (2 FASES)	103.0	79.1	77%
	POSTE DE MADERA TRATADA DE 9 mts CL.7 (3 FASES)	107.8	79.1	73%
	POSTE DE HORMIGON SECCION H. 10.00m/225 KG (2 FASES)	120.3	79.1	66%
	POSTE DE HORMIGON SECCION H. 10.00m/225 KG (3 FASES)	125.1	79.1	63%
	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255 (2 FASES)	168.9	79.1	47%
	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255 (3 FASES)	173.8	79.1	46%
	POSTE DE METAL DE 8 mts. (2 FASES)	385.6	79.1	21%
POSTE DE METAL DE 8 mts. (3 FASES)	390.5	79.1	20%	

iv) Valores del parámetro "f"

Este parámetro es el que presenta mayores variables que pueden influir en su cálculo, por ello, se han efectuado dos aproximaciones desde ópticas diferentes para estimar este valor.

Considerando el espacio utilizado:

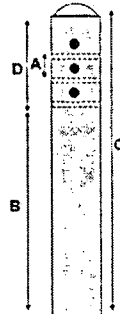
De acuerdo a la información facilitada por la Secretaría Técnica del FITEL, los postes de energía eléctrica tienen la siguiente configuración física, en cuanto a los espacios para ser compartidos:

ESPACIOS EN INFRAESTRUCTURA DE POSTES

- (A): Espacio ocupado por cada arrendatario
- (B): Espacio inutilizado
- (C): Espacio total
- (D): Espacio Utilizable

Postes:

	9.0 mts.	11.0 mts.	
(A):	45.0 cm	47.0 cm.	(por 1 espacio)
(B):	7.46 mts	9.46 mts.	
(C):	9.0 mts	11.0 mts	
(D):	1.54 mts	1.54 mts	



Fuente: Secretaría Técnica del FITEL

La distribución de espacios mostrada es similar a la que se regula en diversos estados de Estados Unidos⁶.

Utah	Pies	Alaska	Pies	Louisiana	Pies	Maine	Pies
------	------	--------	------	-----------	------	-------	------

Ver: http://www.state.tx.us/tack/PDF_FILES/Other_Issues/pole%20attachment%20rate%20issues.pdf

www.mtc.gob.pe Jirón Zorritos 1233
Lima, Lima 01 Perú
(511) 615-7600



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

Altura promedio poste	37.5	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	35
espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	-
usado por energía	7.5	usado por energía	-	usado por energía	-	usado por energía	4.5
disponible para telecom	6	ocupado por telecom	1	ocupado por telecom	2	asignado a telecom	3
rel a: espacio disponible entre total	16%	rel: espacio telecom entre usable	7%	rel: espacio telecom entre usable	15%	rel: espacio asignando a telecom entre total	9%

Fuente: Analysis of Pole Attachment Rate Issues in Tennessee; Elaboración: DGRAIC-MTC

En base a la información observada, se considera que una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos de operación y mantenimiento que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, es el ratio entre el espacio disponible para ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste de energía eléctrica; el cual es 16%, como se observa en el cuadro anterior.

Cabe notar que el citado valor es cercano al ratio "espacio utilizable/espacio total" (D/C) observado en la información proporcionada por FITEL⁷; lo que confirma que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable.

Debido a que existen diferentes tipos de postes, que varían en altura, materiales, etc.; asimismo, considerando que se propone extender el valor del parámetro para ser aplicado también a torres de alta tensión, utilizamos un margen de seguridad adicional; por lo que el factor "f" resultante es de 20%.

v) Considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica:

Los postes y torres de energía eléctrica están diseñados principalmente para soportar el peso de los conductores y/o cables eléctricos. En el caso que se comparta la infraestructura con empresas de telecomunicaciones, los postes o torres también soportarán el peso de los cables de telecomunicaciones.

Desde esta óptica, resulta razonable también distribuir el costo de la operación y mantenimiento en función al peso que soporta la infraestructura eléctrica.

Ahora bien, a efectos de plantear los supuestos para efectuar los cálculos correspondientes, en principio se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torre (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).

Así, considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente⁸ 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente⁹ de 745 Kg/Km, el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%. Como en el caso anterior, en la presente estimación podrían plantearse diferentes variaciones que afecten el cálculo: del lado de las

⁶ Que equivale a 17% para postes de 9 m y 14% para postes de 11 m.
⁷ Ver en ace: <http://grapebol.com/Descargas/catalogos/Fibra-optica/Cable-optico-Diagnostico-ADSS.pdf>
⁸ Ver en ace: http://www.covisa.com.pe/Descargas/catalogos/Comerciales_cables_y_modulo_fiberoptico.pdf (sesión:3693562033BD0296810032440618938F?sequence=2)
⁹ Asimismo véase <http://www.covisa.com.pe/Descargas/catalogos/covisa.pdf>, donde un cable de media tensión de área transversal de 67.4 mm² tiene un peso de 611 Kg/Km.

www.mtc.gob.pe Jirón Zorritos 1233
Lima, Lima 01 Perú
(511) 615-7600



telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; asimismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos por ejemplo para baja tensión. Por ello debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f de 20% que implica un margen de seguridad razonable; respecto al 15% calculado.

III. SOBRE EL ROL DEL ESTADO EN EL DESARROLLO DE LA RDNFO

Considerando que algunos de los comentarios recibidos cuestionan el rol que desempeñará el Estado en el desarrollo de la RDNFO, aduciendo que sólo podrá realizarse actividad empresarial en donde no haya inversión privada, y que de no observarse esto, se vulneraría el principio constitucional de subsidiariedad de la intervención del Estado; resulta pertinente desarrollar algunas ideas sobre los alcances de la intervención estatal en la actividad empresarial.

En primer término conviene advertir que según lo dispone la Constitución Política del Perú, en su artículo 60, el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial, se autoriza por ley expresa y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En atención a ello, resulta importante destacar en primer término, que la participación estatal a través de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica se enmarca dentro del precepto constitucional antes referido al encontrar amparo legal en el artículos 3 y 7 de la Ley N° 29904 (que declara de necesidad pública, interés nacional y de alto interés público la construcción de dicha red) y en la lectura conjunta del artículo 8 y la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29904 (que facultan al Estado a intervenir en zonas donde no participa la inversión privada, y también en aquellas donde existiendo inversión privada, la participación estatal se justifica por circunstancias técnicas y económicas).

En segundo orden, también resulta pertinente señalar que la participación estatal en la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica se materializa en un concurso público a través del cual se ofrece la explotación de una actividad económica a todos los agentes de mercado, para que sea un agente del mercado el que preste el servicio público portador y sea dicho agente el que obtenga el beneficio económico de dicha explotación. En ese sentido, no se puede decir que la actividad del Estado se oriente en este caso a obtener un beneficio económico para sí; dado que como se ha señalado, dicha intervención tiene por objeto incentivar mejores condiciones en el mercado mayorista, en beneficio de los agentes del mercado minorista, con el objetivo final de beneficiar a los usuarios de todo el país.

En ese mismo sentido, resulta conveniente complementar lo señalado acerca de los alcances de la intervención subsidiaria del Estado, con algunas consideraciones que han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional en torno a dicho principio y que habilitan al Estado también a participar en la actividad económica cuando se verifica una inacción, defecto o falla en la gestión privada de los agentes económicos del mercado, intervención que se orienta a corregir dicha omisión o falla; y que en el caso de los servicios públicos se enfatiza en atención al rol tutivo que detenta el Estado respecto al derecho de los usuarios de dichos servicios. En ese sentido conviene citar el fundamento 23 de la STC N° 0008-2003-AI-TC:

"las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de remplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica que se justifica por la inacción o defeción de la iniciativa privada" (Cfr. fundamento 23 de la STC N° 0008-2003-AI-TC). (el subrayado es agregado)



En atención a lo señalado por el máximo intérprete constitucional, resulta esencial entender la intervención subsidiaria como una acción de corrección de las actuales fallas y defectos del mercado de telecomunicaciones nacional; fallas que se materializan en el hecho de que una gran mayoría de población se encuentra excluida de un importante servicio público (como lo es el acceso a Internet de banda ancha), bien porque no existe infraestructura en todo el país; o porque utilizando la infraestructura existente, solo se beneficia a aquella parte de la población que puede acceder a la utilización de estos servicios en términos económicos.

Es esta la situación que afecta seriamente y desde hace varios años, el desarrollo en general del mercado de telecomunicaciones nacional, y es el principal factor que ha determinado la intervención correctiva de parte del Estado materializada en la Ley 29904, la cual se orienta centralmente a resolver esta falla, a través de la construcción de una red de transporte (servicio mayorista) que despliegue infraestructura que interconectará a las capitales de provincia de todo el país; con el fin de facilitar la inversión de proveedores locales minoristas (al interior de cada región) y así dinamizar la competencia en cada uno de dichos mercados geográficos para beneficiar finalmente a los usuarios de todo el país.

En esa línea, es errado ver en la intervención estatal de la RDNFO una amenaza al mercado, pues como se ha explicado antes, esta intervención se orienta en esencia a convertirse en un mecanismo integrador y de fomento que busca beneficiar a la sociedad en su conjunto (empresas y usuarios), beneficio que incluso se puede extender a los operadores ya existentes, en la medida (claro está) que los intereses de estos últimos sean concordantes con los intereses de los demás actores del mercado y los usuarios de todo el país.

Al respecto resulta pertinente citar nuevamente al Tribunal Constitucional en el extremo que señala que no debe entenderse al principio de subsidiariedad como un mecanismo de defensa contra el Estado, sino como un instrumento "integrador" y "consensual" del cuerpo social conformado por el individuo, las formaciones sociales intermedias y el Estado:

"De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyos partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias." (Cfr. fundamento 22 de la STC N° 0008-2003-AI-TC). (el énfasis es agregado).

Es esta la mejor forma de comprender el rol del Estado en el modelo planteado por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el cual como se ha señalado además de entregar la explotación del servicio a un agente privado y mediante las reglas de un concurso público; se orienta a proveer el servicio portador en todo el país (a diferencia de lo que ocurre con la oferta privada actual que sólo atiende determinados nichos de mercado) y bajo precios regulados que se orientan a costos permanentemente revisados; con la finalidad de generar condiciones de mayor competencia en los distintos mercados geográficos del país y distribuir el beneficio de la actividad económica a favor de la mayor cantidad de usuarios; con lo que el rol integrador y consensual del Estado a que se refiere el Tribunal Constitucional, orientado a recomponer gradualmente a las diversas partes del mercado (usuarios, formaciones sociales intermedias y Estado) se cumple a plenitud.

A modo de ejemplificar la intervención del Estado de manera subsidiaria en la economía y ejerciendo los roles sociales que le corresponden, cabe mencionar los casos de ESSALUD y otros centros de salud del Estado, colegios, universidades y centros de investigación públicos, Banco de la Nación, Petroperú, entre otros; en donde se verifica intervención estatal en mercados en donde también



participan privados ejerciendo su libre iniciativa. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que "[D]entro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." [Cfr. fundamento 24 de la STC N° 0008-2003-AI-TC].

Por otra parte, conviene señalar que cuando la propia Ley N° 29904 permite el despliegue de la RDNFO en lugares en donde ya existe inversión privada, por justificaciones técnicas o económicas; debe tenerse en cuenta que el despliegue de una red dorsal nacional debe estar amparado en esquemas de redundancia nacional que garanticen la conectividad y una capacidad que permita satisfacer la demanda global del país; debiendo tales necesidades estar exentas de limitaciones particulares para poder cumplir con la alta confiabilidad que la Ley N° 29904 ha dispuesto para dicha red. Asimismo, debe tenerse en cuenta también que la intervención pública en el mercado de telecomunicaciones, estimula el desarrollo de la economía en general, como lo señalan diversos estudios que han medido el impacto de la banda ancha en el crecimiento del PBI, la productividad y la generación de empleo; consideraciones y beneficios que deben ser valorados y ponderados en su conjunto al evaluar la intervención del Estado en la RDNFO.

Finalmente, es preciso recordar que el mencionado principio de subsidiariedad coexiste con otras disposiciones constitucionales de similar relevancia, como los deberes del Estado de actuar de manera principal en la promoción de los servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución), el de facilitar la libre competencia (artículo 61 de la Constitución), la defensa de los usuarios (artículo 65 de la Constitución), o la promoción de las pequeñas empresas (artículo 59 de la Constitución), siendo preciso mencionar que este rol se ejerce precisamente al dinamizar el segmento minorista del mercado de telecomunicaciones según lo referido en párrafos precedente.

En ese sentido, la evaluación del principio de subsidiariedad en la intervención del Estado, debe considerarse en forma conjunta con la observancia de estos principios generales.

IV. SOBRE LA CARTA C.563-GG.GPRC/2013 E INFORME N° 522-GPRC/2013 DEL OSIPTEL

El OSIPTEL remitió la carta C.563-GG.GPRC/2013 e Informe N° 522-GPRC/2013, presentando comentarios al Proyecto de Reglamento.

Al respecto, de la evaluación de lo señalado por el regulador en el Informe N° 522-GPRC/2013, se observa que en éste se presentan algunos argumentos que fueron analizados en el Informe N° 083-2013-MTC/26, que sustentó las disposiciones contenidas en el Proyecto de Reglamento. Asimismo, en el Informe N° 522-GPRC/2013 se presentan argumentos que han sido desarrollados en el presente informe, así como otras propuestas cuyo tratamiento se precisa a continuación:

- Punto 2 del Informe N° 522-GPRC/2013: Ha sido evaluado en el numeral 3.2 del Informe N° 083-2013-MTC/26.
- Punto 3 del Informe N° 522-GPRC/2013: El comentario referido al plazo se encuentra evaluado en el numeral 2.8 del presente informe; a su vez, el comentario sobre la concesión de la infraestructura de titularidad del Estado no es acogido dado que la redacción del Proyecto de Reglamento es consistente con el numeral 12.6 de la Ley N° 29904, que establece "serán otorgados en concesión".



- Punto 4 del Informe N° 522-GPRC/2013: Ha sido evaluado en el numeral 2.9 del presente informe, así como en el numeral 3.1 del Informe N° 083-2013-MTC/26.
- Punto 5 del Informe N° 522-GPRC/2013: Se evalúa en el numeral 2.15 del presente informe.
- Punto 6 del Informe N° 522-GPRC/2013: Ha sido evaluado en el numeral 3.3 del N° 083-2013-MTC/26. Asimismo, la precisión requerida al numeral 37.2 del Proyecto de Reglamento no se considera necesaria en tanto el sentido de esta disposición es claro y consistente con los numerales 35.1 y 35.4 del citado proyecto.
- Punto 7 del Informe N° 522-GPRC/2013: Ha sido evaluado en el numeral 3.1 del Informe N° 083-2013-MTC/26. Asimismo, con mayor detalle el tema ha sido tratado en el Informe N° 019-2013-MTC/26, trasladado al OSIPTEL mediante Oficio N° 046-2013-MTC/26.

Para mayor referencia de lo señalado en el presente acápite, se adjunta al presente copia de los Informes N° 019 y 083-2013-MTC/26, así como del Oficio N° 046-2013-MTC/26.

V. CONCLUSIÓN

En base a la evaluación realizada en la Matriz de Comentarios que se adjunta como Anexo 1 del presente informe, así como lo señalado en párrafos precedentes, se concluye que corresponde aprobar el Reglamento de la Ley N° 29904.

Asimismo, se considera pertinente publicar en la página Web en mención, la citada Matriz de Comentarios, conforme a la normativa de la materia¹⁶.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda poner a consideración del Viceministro de Comunicaciones, el presente informe, así como el proyecto normativo que reglamenta la Ley N° 29904 y su respectiva exposición de motivos.

Atentamente,

Vladimir Solís Salazar
Asesor Legal

Abel Mellado Ochoa
Asesor Técnico

Carla Sosa Vela
Asesora Legal

El suscrito hace suyo el presente informe para los fines pertinentes.

ROBERTO ORTIZ VILLAVICENCIO
Director General
Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

¹⁶ Cf. artículo 19 de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC.



PERÚ

Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Viceministerio de Comunicaciones

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

1-M

INFORME N° 292-2017-MTC/26

A : MANUEL MUÑOZ QUIROZ
 Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

De : NADIA VILLEGAS GÁLVEZ
 Especialista Legal
 WILMER AZURZA NEYRA
 Analista de Telecomunicaciones
 RONALD FARROMEQUE HONORES
 Analista Legal

ASUNTO : Propuesta de modificación de las variables "m" y "f" de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

FECHA : Lima, 04 AGO. 2017

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, a fin de informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante Memorando N° 856-2014-MTC/24, la Secretaría Técnica del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), adjuntó el Informe N° 1719-2014-MTC/24, mediante el cual efectúa una propuesta para modificar los valores de algunas variables de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, "Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica", aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, la Metodología). Con Memorando N° 937-2014-MTC/24 reiteró su solicitud.

1.2 Con Memorando N° 758-2014-MTC/26, esta Dirección General solicitó a la Secretaría Técnica del FITEL, que absuelva algunas consultas sobre el Informe N° 1719-2014-MTC/24 y nos alcance información adicional.



1.3 Mediante Memorando N° 1101-2014-MTC/24, la Secretaría Técnica del FITEL adjuntó el Informe N° 2612-2014-MTC/24, mediante el cual absuelve las consultas realizadas y efectúa una nueva propuesta de modificación de los valores de algunas variables de la citada Metodología.



1.4 Mediante Memorando N° 094-2015-MTC/26, esta Dirección General remitió al Viceministerio de Comunicaciones el Informe N° 021-2015-MTC/26, y la Resolución



www.mtc.gob.pe

Jirón Zorritos 1203
Lima, Lima 01 Perú
(511) 615-7800



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Viceministerio
de Comunicaciones

Dirección General de
Regulación y Asuntos
Internacionales de
Comunicaciones

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Viceministerial y Exposición de Motivos correspondientes a la propuesta de Modificación de algunas variables de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

- 1.5 Mediante Memorando N° 273-2015-MTC/03, el Viceministerio de Comunicaciones remitió para su evaluación a la Oficina General de Asesoría Jurídica, el Proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.
- 1.6 Mediante Memorando N° 351-2015-MTC/03, el Viceministerio de Comunicaciones remitió el Memorando N° 128-2015-MTC/08 de la Oficina General de Asesoría Jurídica, en el cual solicita evaluar determinados aspectos y sustentar determinadas observaciones advertidas en el Proyecto de modificación de algunas variables de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la Infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por D.S. N° 014-2013-MTC.
- 1.7 Mediante Memorando N° 216-2015-MTC/26, esta Dirección General remitió al Viceministerio de Comunicaciones, el Informe N° 092-2015-MTC/26, el cual contiene la respuesta a las observaciones presentadas por la Oficina General de Asesoría Jurídica.
- 1.8 Mediante Memorando N° 466-2015-MTC/03, el Viceministerio de Comunicaciones remitió a la Oficina General de Asesoría Jurídica, el Informe N° 092-2015-MTC/26, mediante el cual se da respuesta a las observaciones emitidas por la Oficina General de Asesoría Jurídica referidas a la modificación de algunas variables de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.
- 1.9 Mediante el Memorando N° 928-2015-MTC/03, el Viceministerio de Comunicaciones comunicó a esta Dirección General, que la Oficina General de Asesoría Jurídica encuentra formalmente viable publicar la propuesta normativa, recomendando reformular el proyecto, asimismo, solicitando el visto de esta Dirección General.
- 1.10 Mediante Memorando N° 550-2015-MTC/26, esta Dirección General remitió al Viceministerio de Comunicaciones, el Informe N° 021-2015-MTC/26, y la Resolución Viceministerial y Exposición de Motivos correspondientes a la propuesta de Modificación de algunas variables de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de



www.mtc.gob.pe

Jirón Zorritos 1203
Lima, Lima 01 Peru
(511) 615-7800



servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

- 1.11 Por Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, de fecha 15 de Junio de 2015, se dispuso la publicación para comentarios en el Diario Oficial El Peruano y en la página web de este Ministerio, del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología.
- 1.12 Posteriormente y, mediante Memorandos N° 065-2017-MTC/26 y N° 066-2017-MTC/26, esta Dirección General remitió a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones (DGCC) y a la Secretaría Técnica del FTEL, respectivamente, la actualización del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología.
- 1.13 Mediante Memorando N° 138-2017-MTC/27, la DGCC remitió el Informe N° 105-2017-MTC/27 a esta Dirección General, que contiene su opinión sobre el citado proyecto.
- 1.14 Mediante Memorando N° 091-2017-MTC/24, el FTEL remitió el Informe Técnico N° 004-2017-MTC/24-APF y el Informe Legal N° 112-2017-MTC/24, los mismos que contienen sus opiniones sobre el citado proyecto.
- 1.15 Mediante Carta DJ-121/17 de Azteca Comunicaciones Perú, del 23 de enero de 2017, realiza comentarios sobre el Proyecto de Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, en adición a los comentarios realizados por dicha empresa, en su oportunidad.
- 1.16 Mediante Carta DJ-117/17 de Azteca Comunicaciones Perú, del 24 de enero de 2017, se solicita una pronta modificación de la fórmula establecida en el anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
- 1.17 La publicación de la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/01.03, se efectuó en el Diario Oficial El Peruano el 18 de febrero de 2017. Como resultado de tal publicación se recibieron diversos comentarios, los mismos que fueron evaluados y analizados por esta Dirección General y fueron aceptados en parte. Sin embargo y como resultado de la ampliación de la información evaluada para la propuesta normativa, se consideró necesario que en aplicación del principio de transparencia, se efectúe una segunda pre publicación de la propuesta normativa.
- 1.18 Mediante Memorandos N° 713-2017-MTC/26 y N° 714-2017-MTC/26, a fin de llevar adelante la segunda pre publicación, esta Dirección General solicitó opinión sobre la propuesta normativa a la Secretaría Técnica del FTEL y a la DGCC, respectivamente.
- 1.19 Con Memorando N° 1366-2017-MTC/27, la DGCC emite opinión favorable, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.7 del presente informe.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

- 1.20 Asimismo, con Memorando N° 680-2017-MTC/24, la Secretaría Técnica del FITEL emitió opinión sobre la propuesta normativa, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 2.6 del presente informe.
- 1.21 El 20 de julio de 2017, mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, se realizó la segunda publicación para comentarios, del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, "Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica", aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
- 1.22 Vencido el plazo de cinco (05) días calendario otorgado para la remisión de comentarios, se recibieron diversas opiniones de las empresas de energía eléctrica y organismos, las cuales son transcritas y respondidas en la matriz de comentarios que forma parte del presente informe.
- 1.23 Luego del análisis y evaluación de los comentarios formulados, se ha elaborado el presente informe, que sustenta la versión final de la Resolución Viceministerial que aprobará las modificaciones planteadas a las variables "m" y "f" de la metodología antes referida.

II. ANÁLISIS

2.1 Metodología de Cálculo de la Contraprestación Única y Contraprestación Mensual

Mediante la Ley N° 29904 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, se define la "Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos" (en adelante, Metodología).

La Metodología señala que la contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso de la misma, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

i.) Con relación a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, la norma establece lo siguiente:

- El pago de la misma se realizará en su totalidad en el período de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.
- Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

- La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
 - El pago de la adecuación deberá ser asumido por los concesionarios de telecomunicaciones de forma proporcional. En caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.
- ii.) Con relación a la contraprestación mensual, la norma establece que la contraprestación mensual que deberán pagar los concesionarios de telecomunicaciones por el acceso y uso de la infraestructura compartida (RM), se fijará en aplicación de la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + i_m)$$

Donde:

- Imp*: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
 $B = 1 / Na$
 Donde *Na*: número de arrendatarios.
i_m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable

Asimismo precisa que, para el caso de la infraestructura eléctrica, se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

- f*: 20%
OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Tabla 1: Cálculo de OMs

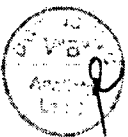
Cálculo de <i>OMs</i>	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{l}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

- TP*: Costo de las torres o postes según los costos regulados del sector energía, considerando fletes, aduanas y aranceles, según sea el caso.
m: 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros
l: 7.2%. Para baja tensión
h: 13.4%. Para media o alta tensión





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Finalmente, se establece que los valores establecidos para las variables "m", "l", "h" y "f" podrán ser modificados mediante una Resolución del Viceministro de Comunicaciones.

2.2 Publicación de la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03

Mediante la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 se publicó para comentarios por segunda vez, el proyecto de modificación de valores de las variables "m" y "f" de la Metodología, esta norma define estos valores de la siguiente manera:

(...)

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20% para Baja Tensión y 6.1 % para Media Tensión y/o Alta Tensión.

(...)

y,

(...)

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes según los costos regulados del sector energía.

m: 77% para Baja Tensión y 84.3% para Media Tensión y/o Alta Tensión.

Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros (...).

2.3 Comentarios recibidos de los interesados

Como consecuencia de la publicación de la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, en el Diario Oficial El Peruano el 20 de Julio de 2017, se recibieron los comentarios de las siguientes empresas y/u organismos:

1. STATKRAFT PERU S.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
2. ATN S.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
3. Red de Energía del Perú S.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017.
4. Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía, mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
5. Enel Distribución Perú S.A.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
6. Luz del Sur S.A.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
7. Electro Dunas S.A.A., mediante correo electrónico recibido el 25.07.2017
8. Gilat Networks Perú S.A., mediante carta GL-369-2017 de fecha 24.07.2017, recibida el 25.07.2017 (P/D N° E-192417-2017)

En la "Matriz de Comentarios", adjunta al presente informe, presenta las respuestas a los comentarios recibidos por los interesados.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

En los ítems 2.4 y 2.5 siguientes, se describe el análisis realizado a los cálculos del año 2013 y a los cálculos propuestos en la pre publicación, como consecuencia de la evaluación de los comentarios formulados.

2.4 Análisis de las variables de "m" y "f" en la metodología del 2013

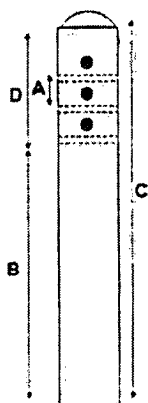
En esta sección se describen los pasos realizados para la determinación de las variables "m" y "f" en la metodología del año 2013, los cuáles fueron válidos para Baja, Media y Alta tensión, según el informe N°-251-2013-MTC/26. Cabe mencionar que, en la propuesta del presente informe, estos valores (m=77% y f=20%) permanecerán vigentes únicamente para el nivel de baja tensión.

2.4.1 Determinación de la variable "f"

Se consideraron dos criterios: el criterio por espacio y el criterio por peso.

a. Criterio por espacio

Este criterio determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre. En primer lugar se consideraron postes de 9m y 11m con la siguiente distribución de espacios



- A: Espacio ocupado por cada arrendatario
- B: Espacio no utilizado
- C: Espacio total
- D: Espacio utilizable.

Tabla 2: Distribución de espacio para postes de 9m y 11m.

Espacio	9 m	11 m
A	45 cm	47 cm
B	7,46 m	9,46 m
C	9 m	11 m
D	1,54 m	1,54 m
Ratio D/C	17%	14%

Fuente: Secretaría Técnica del FTTEL

Para determinar la variable "f" se considera el ratio entre el espacio utilizable (D) y el espacio total (C), es decir, el resultado de "f" para un poste de 9m y 11m es de 17% y 14%, respectivamente.

Por otro lado, se contempló la distribución de espacios en cuatro estados de Estados Unidos, en los que se regula por este criterio.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Tabla 3: Distribución de espacio en los estados de Utah, Alaska, Louisiana y Maine

Espacio	Utah	Alaska	Louisiana	Maine
Altura de poste	37,5 ft	-	-	35 ft
Disponible para Telecom	6 ft	1 ft	2 ft	3 ft
Ratio espacio disponible	16%	7%	15%	9%

Fuente: Analysis of Pole Attachment Rate Issues in Tennessee
Elaboración: DGRAIC-MTC

Si bien, el valor máximo del análisis realizado en las Tablas 2 y 3 resultó en 17%, se optó por establecer el valor de la variable "f" en 20%.

Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios.

b. Criterio por peso

Este criterio determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos, según la siguiente expresión:

$$f = \frac{\text{Peso de cables de FO}}{\text{Peso de conductores eléctricos}} \times 100 \quad (1)$$

Para la determinación del peso de un cable de F.O. se consideraron las especificaciones del cable ADSS de 30 hilos - vano 120m del fabricante Protelbol, cuyo peso lineal es de 95 kg/km.

En cuanto a la determinación del peso de un conductor se consideraron las especificaciones de un conductor modelo RZ1-K 0,6/1kV de 70mm² del fabricante RCT, cuyo peso lineal es de 745 kg/km¹

Finalmente, para determinar la variable "f", se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión, con lo que utilizando la Ecuación 1 el valor de la variable "f" resultó en 12.75%. No obstante el valor resultante del cálculo, se optó por considerar un valor de 20% para el factor "f".

Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores.

2.4.2 Determinación de la variable "m"

La variable "m" representa el ratio entre los costos de montaje y el costo de la infraestructura eléctrica a ser compartida. Para su determinación, en la metodología del año 2013 se tomó el máximo valor obtenido del análisis de costos unitarios del armado de distintos tipos de poste, según el SICODI 2013.

¹ Véase el Anexo 1 - Catálogos Comerciales del siguiente enlace <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5985>



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Tabla 4: Tipos de postes - SICODI

Condiciones	Tipo de Poste	Materiales	Montaje	m
Media Tensión Sector 2: Alineamiento para 3 fases	Poste de concreto armado de 12/200/120/300	293.1	150.9	51%
	Poste de concreto armado de 12/200/120/300 (22.9kV)	318.2	150.9	47%
	Poste de concreto armado de 12/200/120/300 (Vertical)	316.6	150.9	48%
	Poste de Hormigón Sección H, 11.50m/300 kg	214.8	150.9	70%
	Poste de madera tratada de 12m CL.7	217.9	151.8	70%
	Poste de madera tratada de 12m CL.7 (22.9kV)	219.0	150.9	69%
	Poste de madera tratada de 12m CL.7 (Vertical)	238.3	150.9	63%
	Poste de metal de 13m	772.3	150.9	20%
Baja Tensión Sector 2: Alineamiento AP	Poste de madera tratada de 9m (2 fases)	103.0	79.1	77%
	Poste de madera tratada de 9m (3 fases)	107.8	79.1	73%
	Poste de hormigón sección H, 10m/225kg (2 fases)	120.3	79.1	66%
	Poste de hormigón sección H, 10m/225kg (3 fases)	125.1	79.1	63%
	Poste de concreto armado de 9/200/120/255 (2 fases)	168.9	79.1	47%
	Poste de concreto armado de 9/200/120/255 (3 fases)	173.8	79.1	46%
	Poste de metal de 8m (2 fases)	385.6	79.1	21%
	Poste de metal de 8m (3 fases)	390.5	79.1	20%

De esta tabla, se tomó el valor máximo de todos los ratios calculados por cada tipo de poste, es decir, un valor de 77%.

2.4.3 Comentarios sobre la determinación de variables en la metodología del año 2013

Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables "f" y "m" consideró una fuente de información reducida. Así, para el criterio de pesos de la variable "f" se tomó arbitrariamente un tipo particular de fibra óptica y conductor. Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.

Por otra parte, para la determinación de la variable "m" se consideró el valor máximo asociado a sólo un tipo de poste de baja tensión, discriminando una gran variedad de tipos de postes y/o líneas de transmisión. Además, no se consideraron las líneas de Alta tensión.



2.5 Actualización de los valores de las variables "m" y "f" con la Información actual disponible

Es preciso hacer notar que el cálculo de los nuevos valores de "m" y "f" propuestos para Media y Alta Tensión, utiliza una fuente de mayor información en comparación al cálculo realizado en el año 2013, manteniendo en ambos casos los criterios utilizados.

2.5.1 Actualización de la variable "f"

En la metodología del año 2013, la variable "f" se define como el ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida, el cual corresponde ser asumido por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas. Dicho porcentaje, fue determinado tomando en cuenta los siguientes criterios: i) la proporción de espacio utilizado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos y ii) el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto del peso de los conductores eléctricos.

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se incorpora una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, permitiendo ajustar el valor de acuerdo con el despliegue actual de las redes eléctricas.

Tomando en cuenta lo señalado, se ha actualizado el cálculo para la determinación de la variable "f" para líneas de media y alta tensión, según el siguiente detalle:

a. Peso del cable de fibra óptica

A fin de determinar el peso del cable de fibra óptica, se tomó la información alcanzada por el FITEL acerca de los diferentes tipos de fibras ópticas que fueron utilizadas en el despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO), la cual se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 5: Pesos de cables de fibra óptica de la RDNFO

Modelo	N° Hilos	Outer Sheath	Máximo SPAN (m)	Peso (kg/km)
ADSS-48B1.3-PE SPAN 200m	48	HDPE	200	105
ADSS-48B1.3-PE SPAN 400m	48	HDPE	400	140
ADSS-48B1.3-PE SPAN 600m	48	HDPE	600	145
ADSS-48B1.3-PE SPAN 800m	48	HDPE	800	150
ADSS-48B1.3-PE SPAN 1000m	48	HDPE	1000	155
ADSS-48B1.3-AT SPAN 1200m	48	AT	1200	190





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Modelo	N° Hilos	Outer Sheath	Máximo SPAN (m)	Peso (kg/km)
ADSS-48B1.3-AT SPAN 200m	48	AT	200	150
ADSS-48B1.3-AT SPAN 400m	48	AT	400	155
ADSS-48B1.3-AT SPAN 600m	48	AT	600	160
ADSS-48B1.3-AT SPAN 800m	48	AT	800	165
ADSS-48B1.3-AT SPAN 1000m	48	AT	1000	170
ADSS-48B1.3-AT SPAN 1600m	48	AT	1600	225

Fuente: FITEL; Elaboración: DGRAIC-MTC

Se clasificaron los tipos de fibra de acuerdo al valor de *span* o vano. A continuación, se procedió a calcular el peso promedio lineal, P_{FO} , e incorporar el kilometraje desplegado en cada caso, L_{FO} , tal cual se muestra en la tabla siguiente:

Tabla 6: Kilómetros desplegados por clasificación de fibra óptica

N_i	Span	Peso (Kg/km) P_{FO}	Cantidad de km L_{FO}
1	200	127.5	7058.6
2	400	147.5	3726.7
3	600	152.5	1631.0
4	800	157.5	705.2
5	1000	162.5	301.3
6	1200	190.0	122.9
7	1600	225.0	49.6

Fuente: FITEL; Elaboración: DGRAIC-MTC

Finalmente, se realizó una ponderación de acuerdo a la participación en kilómetros de cada tipo de fibra óptica, según la siguiente expresión:

$$\text{Peso promedio por cable de FO} = \frac{1}{L_{T,FO}} \sum_{i=1}^{N_i} P_{FO,i} \times L_{FO,i}$$

Resultando en un valor de 139.23 kg/km.

b. Peso de la línea de transmisión

Para identificar correctamente los diferentes tipos de conductores eléctricos, esta Dirección General ha considerado la Base de Datos de los Módulos Estándares de Inversión para Sistemas de Transmisión, aprobada por OSINERGMIN, específicamente el archivo "VALORIZACION DE LINEAS DE TRANSMISION.xlsx"². Cabe resaltar que esta base de datos proporciona la información antes indicada, de forma detallada.

[Handwritten signature]



Información disponible en la página web de OSINERGMIN www.osinergmin.gob.pe -> Regulación Tarifaria -> Información Técnica -> Electricidad: Módulos Estándares -> Versión (2017).



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Para determinar el peso promedio de una línea de transmisión, se ha considerado el peso ponderado de cada línea de acuerdo a su participación en kilómetros a nivel nacional, tomando como fuente de datos el archivo que se presenta en la Resolución N° 076-2016-OS/CD³; donde se tiene información de las líneas eléctricas de transmisión del Sistema Secundario de Transmisión (SST) y del Sistema Complementario de Transmisión (SCT). A la referida información se le adicionó el calibre de los conductores y el peso de cada uno de ellos, como se muestra en la Tabla 7⁴. La relación entre los calibres y los pesos utilizados se indican en el Anexo A del presente informe.

La base de datos considera líneas de media tensión de 33 kV y líneas de alta tensión mayores a 35 kV. Asimismo, se ha determinado el peso promedio ponderado según la participación en kilómetros por línea de transmisión, de acuerdo a la siguiente expresión:

$$\text{Peso promedio de LT} = \frac{1}{L_T} \sum_{i=1}^{N_i} P_{LT,i} \times L_{LT,i}$$

Donde N_i es el número total de líneas de transmisión. Resultando en un peso promedio por línea de transmisión de 2,279.98 kg/km.

Para el cálculo de la variable "f" utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en un párrafo anterior, se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio. De modo que el valor de la variable "f" utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$= \frac{3 \times 139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

De los resultados obtenidos tenemos que el valor de "f" según el criterio de pesos es de 18.3% y según el criterio de espacios (metodología 2013) es de 17%.

A fin de determinar la variable "f", esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18.3%, válido para Media y Alta tensión.



³ Información disponible en la página web de OSINERGMIN www.osinergmin.gob.pe -> Regulación Tarifaria -> Procedimientos Regulatorios -> Procedimiento para fijación de Peajes y Compensaciones para SST y SCT -> Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión de los SST y SCT 2016 -> 4.1. Cálculos.

⁴ Cabe indicar que no se consideraron las líneas subterráneas que no están activas actualmente, que están de baja o en proyecto.



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Tabla 7: Líneas eléctricas por concesionario, extensión y peso del conductor

Titular	Código de Módulo de LT	Tensión (kV)	Longitud (km) L_{LT}	Tipo de Conductor	Sección de conductor (mm ²)	Peso lineal del conductor kg/km	Terna	N° de conductores	Peso por LT kg/km P_{LT}
ELECTROCENTRO	LT-033SIROPCS0C1070A	60	13,89	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
ELECTROCENTRO	LT-033SIROPCS0C1070A	60	47,68	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
ELECTRO DUNAS	LT-060COROPMDOC1070A	60	5,7	AAAC	070	173	DOBLE	6	1038
DEPOLTI	LT-060COROPMDOC1120A	60	9,35	AAAC	120	343	DOBLE	6	2058
DEPOLTI	LT-060COROPMDOC1120A	60	26,12	AAAC	120	343	DOBLE	6	2058
HIDRANDINA	LT-033COROPCS0C1070A	33	8,08	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
HIDRANDINA	LT-033COROPCS0C1070A	33	17,75	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
SEAL	LT-033COROPCS0C1070A	33	4,68	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
SEAL	LT-033COROPCS0C1070A	33	0,761	AAAC	070	173	SIMPLE	3	519
EDELNOR	LT-220COUOPADOC1500A	220	1,5	AAAC	500	1372	DOBLE	6	8232
EDELNOR	LT-220COUOPADOC1500A	220	2	AAAC	500	1372	DOBLE	6	8232
...
...
LUZ DEL SUR	LT-220COUOPADOC1500A	220	0,5	AAAC	500	1372	DOBLE	6	8232
LUZ DEL SUR	LT-220COUOPADOC1500A	220	0,5	AAAC	500	1372	DOBLE	6	8232
EDELNOR	LT-220COUOPASOC1500A	220	2,8	AAAC	500	1372	SIMPLE	3	4116
LUZ DEL SUR	LT-220COUOPASOC1500A	220	0,211	AAAC	500	1372	SIMPLE	3	4116
CONENHUA	LT-220COUOPASOC1600A	220	78,53	AAAC	600	1730	SIMPLE	3	5190
EDELNOR	LT-220SIR0TAD2C1600A	220	7,6245	AAAC	600	1730	DOBLE	6	10380
ELECTROCENTRO	LT-220SIR1TAD1C2592A	220	4	ACSR	592	2229,5	DOBLE	6	13377
CONENHUA	LT-220SIR1TAS1C2592A	220	11,76	ACSR	592	2229,5	SIMPLE	3	6688,5
Total Kilómetros, L_T			11,099						

Fuente: OSINERGMIN; Elaboración: DGRAIC-MTC. El Anexo B contiene el cuadro completo.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

2.5.2. Actualización de la variable "m":

Para obtener el valor de la variable "m" correspondiente, tal como fue señalado en el informe que sustentó el proyecto publicado mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, esta Dirección General realizó un análisis del ratio entre los costos de montaje y el costo de la infraestructura eléctrica a ser compartida, ya sean estas torres o postes, tomando como base a la Base de Datos de los Módulos Estándares de Inversión para Sistemas de Transmisión aprobada por OSINERGMIN, específicamente el archivo "VALORIZACION DE LINEAS DE TRANSMISION.xlsx"⁵, esta relación refleja de forma más cercana los costos del montaje respecto a los costos de la infraestructura en este tipo de redes eléctricas.

A fin de realizar el cálculo correspondiente, se utilizaron los archivos de los cálculos de la Resolución que aprueba los resultados de la Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión de los SST y SCT, Resolución 076-2016-OS/CD⁶, en el cual se tiene información de la extensión de las líneas eléctricas de transmisión del SST y del SCT en km, a fin de obtener todos los tipos de líneas de transmisión a nivel nacional, según se observa en el Anexo B del presente informe. Cabe resaltar que el 100% de líneas de transmisión del sistema SST y SCT se agrupan en un total de 102 tipos de líneas.

A partir de las líneas de transmisión, se procedió a extraer de la Base de Datos de los Módulos Estándares de Inversión para Sistemas de Transmisión de OSINERGMIN, los valores del costo de la infraestructura (torres o postes) que en la tabla se ha denominado "costo de materiales"⁷, así como del costo de montaje⁸ de dicha infraestructura, y obtener los ratios correspondientes (ver Tabla 8).

Tabla 8: Costo de montaje respecto del costo de la infraestructura de las líneas de transmisión eléctrica

Item	Línea de transmisión eléctrica	Nivel de tensión	Participación en km (%)	Costo de materiales (\$)	Costo de montaje (\$)	Ratio m (%)
1	LT-060SIR1TAS1C1120A	Alta (60kV)	11.80%	626,008.01	853,615.33	136.36%
2	LT-060COROPMSOC1120A	Alta (60kV)	7.36%	244,240.72	112,205.99	45.94%
3	LT-220COROPMSOC1500A	Alta (220kV)	5.01%	1,389,885.22	418,872.07	30.14%
4	LT-060COROPMSOC1240A	Alta (60kV)	4.81%	365,942.35	119,249.10	32.59%

⁵ Información disponible en la página web de OSINERGMIN www.osinergmin.gob.pe -> Regulación Tarifaria -> Información Técnica -> Electricidad; Módulos Estándares -> Versión (2017).

⁶ Información disponible en la página web de OSINERGMIN www.osinergmin.gob.pe -> Regulación Tarifaria -> Procedimientos Regulatorios -> Procedimiento para fijación de Peajes y Compensaciones para SST y SCT -> Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión de los SST y SCT 2016 -> 4.1. Cálculos.

⁷ Costo de materiales: El costo de materiales se define como la suma de los costos de la infraestructura, tales como torres de acero/postes de acero/postes de concreto/postes de madera, incluyendo los aranceles, el pago de aduanas y el flete, los cuales han sido obtenidos del archivo "VALORIZACION DE LINEAS DE TRANSMISION" de los Módulos Estándar del OSINERGMIN.

⁸ Costo de montaje: El costo de materiales se definen como la suma de los costos para la implementación de la infraestructura a instalar (torres de acero/postes de acero/postes de concreto/postes de madera) y comprende el costo de los trabajos por obras civiles, así como del montaje electromecánico. Dado que el costo de las obras civiles se indica para toda la línea, para determinar la porción que le corresponde a la infraestructura se ha efectuado un prorrateo en función al costo de la misma y al costo del resto de elementos que componen la línea (conductores, aisladores, accesorios del conductor activo, del cable de guarda, el pozo a tierra, entre otros). Esta información se ha obtenido del archivo "VALORIZACION DE LINEAS DE TRANSMISION", de los Módulos Estándar del OSINERGMIN.



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Item	Línea de transmisión eléctrica	Nivel de tensión	Participación en km (%)	Costo de materiales (\$)	Costo de montaje (\$)	Ratio m (%)
5	LT-138SER0TAS1C4240A	Alta (138kV)	4.35%	1,570,843.15	2,675,197.19	170.30%
6	LT-138SIR0TAS1C1240A	Alta (138kV)	4.29%	1,663,499.92	2,247,751.30	135.12%
7	LT-138SIR1TAS1C1240A	Alta (138kV)	4.02%	1,604,411.65	2,158,316.41	134.52%
8	LT-220COR0PMD0C5400A	Alta (220kV)	3.48%	2,724,083.32	511,108.20	18.76%
9	LT-220COR0PMS0C1400A	Alta (220kV)	3.14%	1,580,421.75	441,705.61	27.95%
10	LT-060SIR0TAS1C1120A	Alta (60kV)	2.85%	650,750.77	936,098.31	143.85%
11	LT-060SIR1TAS1C1240A	Alta (60kV)	2.64%	769,075.49	971,591.33	126.33%
...
98	LT-060COU0ACD0C1240A	Alta (60kV)	0.04%	256,019.97	70,304.99	27.46%
99	LT-060COU0AMS0C5120A	Alta (60kV)	0.04%	91,671.56	26,774.15	29.21%
100	LT-033SIR0PCS0C1150A	Alta (33kV)	0.04%	182,538.06	104,144.48	57.05%
101	LT-033SIU0ACS0C1150A	Alta (33kV)	0.03%	97,550.32	41,864.05	42.92%
102	LT-060COU0ACS0C1400A	Alta (60kV)	0.00%	191,830.00	54,852.67	28.59%
					Ratio promedio	84.31%

Fuente: OSINERGMIN; Elaboración: DGRAIC-MTC

Luego de realizar los ratios por tipo de línea, se procedió a ponderar el valor de "m" de cada tipo de línea por su participación en km, resultando un valor igual a **84.3%**.

2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:

Respecto de los costos incrementales que se generan a partir de la instalación de un cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, se aclara lo siguiente:

- Los costos atribuidos a los estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.
- Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable "h", el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR).

2.6 Propuesta de Modificación Normativa

En base al análisis efectuado por esta Dirección General en los puntos anteriores, se propone efectuar la modificación de las variables "m" y "f" de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos,



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, de acuerdo a lo siguiente:

"(...)

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20 % para Baja Tensión y
18.3 % para Media y Alta Tensión

(...)

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

(...)

m: 77 % para Baja Tensión y
84.3 % para Media y Alta Tensión.

Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros

(...)"

[se han resaltado los cambios propuestos]

A manera de resumen, a continuación se muestra un comparativo de las variables "m" y "f" establecidas en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y los propuestos en el presente informe:

Tabla 9: Comparativo de las variables "m" y "f"

Variables	Reglamento de la Ley N° 29904	Propuesta
"m"	77%	84.3%
"f"	20%	18.3%

Elaboración: DGRAIC-MTC

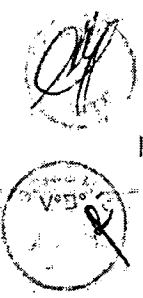
Es importante destacar que los cambios se refieren a los valores de las variables "m" y "f" para media y alta tensión, manteniendo sin modificación los valores para baja tensión.

Cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 1, los valores establecidos para las variables "m" y "f" pueden modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

III. PUBLICACION DE LA PROPUESTA A NORMATIVA

El artículo 14 del Reglamento establece disposiciones relativas a la Publicidad, Publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS⁹, recomendando publicar

Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general
Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

los proyectos de norma generales por un plazo de treinta (30) días calendario antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales; para que las personas interesadas formulen comentarios.

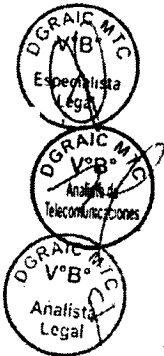
Sin embargo, el artículo 19 de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú (los Lineamientos de Telecomunicaciones), aprobado por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC¹⁰, establece que toda propuesta normativa referida a los servicios de telecomunicaciones, será publicada para la formulación de comentarios por un plazo mínimo de quince (15) días calendario, salvo casos de urgencia o necesidad; asimismo, el plazo antes referido podrá ser de cinco (5) días calendario cuando se trate de una segunda pre publicación.

En ese sentido, mediante Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03, publicada con fecha 09 de febrero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano, se puso a disposición de los interesados el Proyecto Normativo, otorgándose un plazo de quince (15) días calendarios para la recepción de comentarios, cumpliéndose de esta forma con lo indicado en el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC

Recibidos los comentarios y, de manera excepcional se consideró necesaria efectuar una segunda pre publicación, la cual se efectuó mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, publicada con fecha 20 de julio de 2017 en el Diario Oficial El Peruano, poniéndose a disposición de los interesados el Proyecto Normativo, por segunda vez, otorgándose un plazo de cinco (5) días calendarios para la recepción de comentarios, cumpliéndose de esta forma con lo indicado en el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC

En esa línea, luego del análisis de los comentarios recibidos, y según lo descrito en el presente informe, se ha actualizado la variable "f" a un valor de 18.3%, para Media y Alta Tensión.

En tal sentido, considerando que se ha cumplido con respetar el principio de publicidad y, habiéndose evaluado los comentarios presentados, corresponde la publicación final de la norma.



mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas (...)

¹⁰ Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú:

"Artículo 19.-Transparencia en la Gestión

El Ministerio, a fin de asegurar el acceso a toda la información relevante para los agentes del mercado y la ciudadanía en general, con el fin de promover y garantizar la transparencia en la gestión del Estado, publicará para comentarios los dispositivos legales referidos a los servicios de telecomunicaciones, las propuestas conjuntamente con su exposición de motivos para el desarrollo del sector, los estudios sobre nuevas tendencias y otros que consideren relevantes, otorgando un plazo mínimo de quince (15) días calendario, se excluye los casos de urgencia o necesidad, para la formulación de los comentarios. Asimismo, el Ministerio deberá publicar en su página web la matriz de comentarios, incluyendo las absoluciones a los comentarios presentados que se genere de las propuestas de normas sometidas a consulta pública. El plazo antes referido podrá ser de cinco (5) días calendario cuando se trate de una segunda pre publicación."



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Viceministerio
de Comunicaciones

Dirección General de
Regulación y Asuntos
Internacionales de
Comunicaciones

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

IV. CONCLUSIÓN

En virtud a los argumentos expuestos en el presente informe, consideramos viable la nueva propuesta de modificación de las variables "m" y "f" de la *Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos*, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.7 del presente Informe.

V. RECOMENDACIÓN

Se recomienda remitir el presente Informe y el proyecto de norma respectivo a la Oficina de Asesoría Jurídica, para que siga con el trámite pertinente.

Atentamente,

NADIA VILLEGAS GÁLVEZ
Especialista Legal

WILMER AZURZA MEYRA
Analista de Telecomunicaciones

RONALD FARROMEQUE HONORES
Analista Legal

El suscrito hace suyo el presente informe para los fines pertinentes.

MANUEL FERNANDO MUÑOZ QUIROZ
Director General de Regulación y Asuntos
Internacionales de Comunicaciones



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

ANEXO A
Tipos de conductores eléctricos

Tipo de conductor	Área de la sección transversal (mm ²)	Área de la sección transversal (mm ²) - Datasheet	Peso lineal del conductor (Kg/km)	Peso lineal del conductor (Kg/km) - Promedio
AAAC	35.00	40.00	110.00	110.00
	50.00	50.00	138.00	138.00
	70.00	63.00	173.00	173.00
	85.00	80.00	220.00	220.00
	95.00	100.00	275.00	275.00
	107.00	112.00	308.00	308.00
	120.00	125.00	343.00	343.00
	127.00	125.00	343.00	343.00
	150.00	160.00	440.00	440.00
	203.00	200.00	550.00	550.00
	240.00	224.00	686.00	686.00
	300.00	315.00	865.00	865.00
	400.00	400.00	1,098.00	1,098.00
	500.00	500.00	1,372.00	1,372.00
600.00	630.00	1,730.00	1,730.00	
ACAR	240.00	253.00	700.00	700.00
	300.00	304.00	840.00	840.00
	400.00	405.00	1,120.00	1,120.00
ACSR	250.00	250.00	800.00	952.50
		250.00	946.00	
		250.00	1,011.00	
		250.00	1,053.00	
	315.00	315.00	1,005.00	1,229.75
		315.00	1,194.00	
		315.00	1,277.00	
		315.00	1,443.00	
	400.00	400.00	1,515.00	1,653.67
		400.00	1,622.00	
		400.00	1,824.00	
	592.00	630.00	2,084.00	2,229.50
		630.00	2,375.00	
	726.00	710.00	2,351.00	2,514.50
710.00		2,678.00		
AAACE	120	120	322	322
	127	120	322	322
	240	240	670	670
	300	300	827	827
	400	400	1105	1105
	500	500	1372	1372

Fuentes:

Para AAAC, ACAR, ACSR: <http://www.sural.com/productos/desnudos/aaac.htm#Specifications>

Para AAACE <http://www2.osinerg.gob.pe/Resoluciones/pdf/2012/Informe-No.0051-2012-GART.pdf>

[Handwritten signature]





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

ANEXO B
Líneas eléctricas por concesionario, extensión y peso del conductor

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
1	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1240A	60	23,2	Simple	AAAC	240	686	3	2058
2	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1120A	60	12,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
3	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1120A	60	11,6	Simple	AAAC	120	343	3	1029
4	ELECTRONOROESTE	LT-033COR0PCS0C1120A	33	8,1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
5	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACD0C1120A	60	7,35	Doble	AAAC	120	343	6	2058
6	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACD0C1120A	60	4,6	Doble	AAAC	120	343	6	2058
7	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	45,78	Simple	AAAC	240	686	3	2058
8	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	22	Simple	AAAC	240	686	3	2058
9	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	49,6	Simple	AAAC	240	686	3	2058
10	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	50,68	Simple	AAAC	240	686	3	2058
11	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	10,8	Simple	AAAC	240	686	3	2058
12	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	21,03	Simple	AAAC	120	343	3	1029
13	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	9	Simple	AAAC	240	686	3	2058
14	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	23,86	Simple	AAAC	120	343	3	1029
15	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	18	Simple	AAAC	120	343	3	1029
16	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	43,39	Simple	AAAC	120	343	3	1029
17	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	25,85	Simple	AAAC	120	343	3	1029
18	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	29,18	Simple	AAAC	240	686	3	2058
19	ELECTRONOROESTE	LT-033COR0PCS0C1120A	33	4,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
20	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACS0C1120A	60	3,8	Simple	AAAC	120	343	3	1029
21	ELECTRONOROESTE	LT-033COR0PCS0C1120A	33	1,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
22	ELECTRONOROESTE	LT-033COR0PCS0C1120A	33	8,3	Simple	AAAC	120	343	3	1029
23	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	4,3	Simple	AAAC	240	686	3	2058
24	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	5,38	Simple	AAAC	120	343	3	1029
25	ELECTROPERU	LT-060COR0PMS0C1240A	60	75	Simple	AAAC	240	686	3	2058
26	ELECTROPERU	LT-060COR0PMS0C1240A	60	0,4	Simple	AAAC	240	686	3	2058
27	REP	LT-220COR0PMS0C1400A	220	136	Simple	AAAC	400	1098	3	3294
28	ADINELSA	LT-060SER0TASIC1070A	60	28,8	Simple	AAAC	70	173	3	519
29	ADINELSA	LT-060SER0TASIC1070A	60	33,88	Simple	AAAC	70	173	3	519
30	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1240A	60	7,25	Simple	AAAC	240	686	3	2058
31	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1240A	60	23,86	Simple	AAAC	240	686	3	2058
32	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1240A	60	8,45	Simple	AAAC	240	686	3	2058
33	DEPOLTI	LT-060COR0PMD0C1120A	60	9,35	Doble	AAAC	120	343	6	2058
34	DEPOLTI	LT-060COR0PMD0C1120A	60	26,12	Doble	AAAC	120	343	6	2058
35	DEPOLTI	LT-060COR0PMS0C1120A	60	21,63	Simple	AAAC	120	343	3	1029
36	DEPOLTI	LT-060COR0PMS0C1120A	60	20,94	Simple	AAAC	120	343	3	1029
37	DEPOLTI	LT-060COR0PMS0C1120A	60	17,62	Simple	AAAC	120	343	3	1029
38	DEPOLTI	LT-060COR0PMS0C1120A	60	21,71	Simple	AAAC	120	343	3	1029
39	ELECTRONORTE	LT-060COR0PMD0C1120A	60	6,67	Doble	AAAC	120	343	6	2058
40	ELECTRONORTE	LT-060COR0PMD0C1120A	60	6,67	Doble	AAAC	120	343	6	2058
41	CHAVIMOCHE	LT-033COR0PCS0C1120A	33	17	Simple	AAAC	120	343	3	1029
42	ETENORTE	LT-138COR0PMD0C1400A	138	8,58	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
43	ETENORTE	LT-138COR0PMD0C1400A	138	8,58	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
44	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1120A	33	6,55	Simple	AAAC	120	343	3	1029
45	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1070A	33	13,58	Simple	AAAC	70	173	3	519
46	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C1127A	138	17,45	Simple	AAAC	127	343	3	1029
47	HIDRANDINA	LT-033COU0ACS0C1120A	33	7,35	Simple	AAAC	120	343	3	1029
48	HIDRANDINA	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	10,05	Simple	AAAC	70	173	3	519
49	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1070A	33	8,08	Simple	AAAC	70	173	3	519
50	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C3300A	138	6,5	Simple	AAACE	300	827	3	2481

Handwritten signature





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Modelo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
51	HIDRANDINA	LT-138COU0ACS0C1300A	138	13,8	Simple	AAAC	300	865	3	2595
52	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5127A	138	31,6	Simple	AAACE	127	322	3	966
53	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5127A	138	22,42	Simple	AAACE	127	322	3	966
54	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C1127A	138	67,48	Simple	AAAC	127	343	3	1029
55	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5127A	138	7,47	Simple	AAACE	127	322	3	966
56	HIDRANDINA	LT-138COU0ACS0C1240A	138	11,85	Simple	AAAC	240	686	3	2058
57	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5240A	138	27,45	Simple	AAACE	240	670	3	2010
58	HIDRANDINA	LT-138COU0ACS0C1240A	138	5,8	Simple	AAAC	240	686	3	2058
59	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5240A	138	7	Simple	AAACE	240	670	3	2010
60	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	16,68	Simple	AAAC	240	686	3	2058
61	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	39,36	Simple	AAAC	240	686	3	2058
62	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	38,41	Simple	AAAC	240	686	3	2058
63	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	94,2	Simple	AAAC	240	686	3	2058
64	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	24,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
65	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	45,37	Simple	AAAC	120	343	3	1029
66	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	33,45	Simple	AAAC	120	343	3	1029
67	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	59,45	Simple	AAAC	120	343	3	1029
68	HIDRANDINA	LT-060COR0PMD0C1240A	60	30,44	Doble	AAAC	240	686	6	4116
69	HIDRANDINA	LT-060COR0PMS0C5120A	60	18,12	Simple	AAACE	120	322	3	966
70	HIDRANDINA	LT-060COR0PMD0C1240A	60	30,44	Doble	AAAC	240	686	6	4116
71	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	29,1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
72	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	32,4	Simple	AAAC	70	173	3	519
73	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	29,2	Simple	AAAC	70	173	3	519
74	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	30	Simple	AAAC	70	173	3	519
75	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	22,6	Simple	AAAC	120	343	3	1029
76	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	37,3	Simple	AAAC	120	343	3	1029
77	HIDRANDINA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	62	Simple	AAAC	120	343	3	1029
78	HIDRANDINA	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	4,95	Simple	AAAC	70	173	3	519
79	HIDRANDINA	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	20,9	Simple	AAAC	70	173	3	519
80	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1070A	33	17,75	Simple	AAAC	70	173	3	519
81	HIDRANDINA	LT-033COR0PCD0C1120A	33	24,9	Doble	AAAC	120	343	6	2058
82	HIDRANDINA	LT-033COR0PCD0C1120A	33	24,9	Doble	AAAC	120	343	6	2058
83	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1150A	33	41,36	Simple	AAAC	150	440	3	1320
84	HIDRANDINA	LT-033COU0ACS0C1120A	33	6,11	Simple	AAAC	120	343	3	1029
85	HIDRANDINA	LT-033COR0PCS0C1150A	33	46,76	Simple	AAAC	150	440	3	1320
86	ELECTRO ORIENTE	LT-060SER0TAS1C1098A	60	14,77	Simple	AAAC	98	275	3	825
87	ELECTRO ORIENTE	LT-060SER0TAS1C1098A	60	22,44	Simple	AAAC	98	275	3	825
88	ELECTRO ORIENTE	LT-138SER0TAS1C4240A	138	80,8	Simple	ACAR	240	700	3	2100
89	ELECTRO ORIENTE	LT-138SER0TAS1C4240A	138	96,3	Simple	ACAR	240	700	3	2100
90	ADINELSA	LT-138SIR0TAS1C1240A	138	28,95	Simple	AAAC	240	686	3	2058
91	ADINELSA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	27,79	Simple	AAAC	120	343	3	1029
92	ADINELSA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	63,11	Simple	AAAC	120	343	3	1029
93	CEMENTO ANDINO	LT-138SIR1TAS1C1300A	138	13	Simple	AAAC	300	865	3	2595
94	CONENHUA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	32,9	Simple	AAAC	120	343	3	1029
95	CONENHUA	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	52,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
96	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
97	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	6,76	Simple	AAAC	120	343	3	1029
98	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1050A	33	0,63	Simple	AAAC	50	138	3	414
99	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1035A	33	32,39	Simple	AAAC	35	110	3	330
100	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1035A	33	39,19	Simple	AAAC	35	110	3	330
101	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	4,47	Simple	AAAC	120	343	3	1029
102	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	26,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
103	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	5,63	Simple	AAAC	70	173	3	519

[Handwritten signature]

DGRAIC MTC
V°B°
Analista Legal

DGRAIC MTC
V°B°
Especialista Legal

DGRAIC MTC
V°B°
Asesor de Telecomunicaciones



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
104	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	8,05	Simple	AAAC	70	173	3	519
105	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	13,36	Simple	AAAC	70	173	3	519
106	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	60	13,89	Simple	AAAC	70	173	3	519
107	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	60	47,68	Simple	AAAC	70	173	3	519
108	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	16,98	Simple	AAAC	120	343	3	1029
109	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	0,65	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
110	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	0,3	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
111	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	1,45	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
112	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	51,78	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
113	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	23,72	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
114	ELECTROCENTRO	LT-060SIR1TAS1C2250A	60	4,5	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
115	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS0C1120A	60	14,12	Simple	AAAC	120	343	3	1029
116	REP	LT-138SER0TAS1C4240A	138	44,42	Simple	ACAR	240	700	3	2100
117	REP	LT-138SER0TAS1C4240A	138	109,91	Simple	ACAR	240	700	3	2100
118	SN POWER	LT-138SR2TAS1C2315A	138	1,8509	Simple	ACSR	315	1229,75	3	3689,25
119	SN POWER	LT-138SR2TAS1C2315A	138	20,474	Simple	ACSR	315	1229,75	3	3689,25
120	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	27,434	Simple	AAAC	70	173	3	519
121	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	2,389	Simple	AAAC	240	686	3	2058
122	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	0,867	Simple	AAAC	120	343	3	1029
123	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	22,944	Simple	AAAC	120	343	3	1029
124	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	22,944	Simple	AAAC	120	343	3	1029
125	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	6,448	Simple	AAAC	70	173	3	519
126	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	7,114	Simple	AAAC	70	173	3	519
127	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	4,554	Simple	AAAC	70	173	3	519
128	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	6,448	Simple	AAAC	70	173	3	519
129	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	7,11	Simple	AAAC	70	173	3	519
130	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	138	4,55	Simple	AAAC	70	173	3	519
131	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	2,149	Simple	AAAC	70	173	3	519
132	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	2,709	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
133	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	1,22	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
134	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	2,53	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
135	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	2,614	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
136	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	13,72	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
137	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	10,89	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
138	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	9,842	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
139	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1240A	60	8,932	Simple	AAAC	240	686	3	2058
140	SN POWER	LT-060SIR0TAS1C1070A	60	2,471	Simple	AAAC	70	173	3	519
141	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	7,906	Simple	AAAC	70	173	3	519
142	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	3,592	Simple	AAAC	70	173	3	519
143	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	1,533	Simple	AAAC	70	173	3	519
144	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	1,89	Simple	AAAC	70	173	3	519
145	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	6,196	Simple	AAAC	70	173	3	519
146	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	1,21	Simple	AAAC	70	173	3	519
147	SN POWER	LT-060SIR0TAS1C1070A	60	2,69	Simple	AAAC	70	173	3	519
148	SN POWER	LT-060SIR0TAS1C1070A	60	1,288	Simple	AAAC	70	173	3	519
149	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	12,829	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
150	SN POWER	LT-060SIR2TAS1C2250A	60	12,957	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
151	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	0,741	Simple	AAAC	70	173	3	519
152	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	13,02	Simple	AAAC	70	173	3	519
153	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	1,23	Simple	AAAC	70	173	3	519
154	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	6,689	Simple	AAAC	70	173	3	519
155	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	6,33	Simple	AAAC	70	173	3	519
156	SN POWER	LT-060SIR1TAS1C1070A	60	1,234	Simple	AAAC	70	173	3	519

[Handwritten signature]

DGR AIC MTC
VºBº
Analista Legal

DGR AIC MTC
VºBº
Especialista Legal

DGR AIC MTC
VºBº
Analista de Telecomunicaciones



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm2)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
157	SN POWER	LT-060SIR1TASIC1120A	60	18,19	Simple	AAAC	120	343	3	1029
158	SN POWER	LT-060SIR1TASIC1070A	60	17,11	Simple	AAAC	70	173	3	519
159	SN POWER	LT-060SIR2TASIC2250A	60	2,68	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
160	SN POWER	LT-060SIR1TASIC1240A	60	2,47	Simple	AAAC	240	686	3	2058
161	SN POWER	LT-060SIR2TASIC2250A	60	37,796	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
162	SN POWER	LT-060SIR2TASIC2250A	60	63,92	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
163	SN POWER	LT-060SIR2TASIC2250A	60		Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
164	SN POWER	LT-060SIR1TASIC2250A	60	53,284	Simple	ACSR	250	952,5	3	2857,5
165	ADINELSA	LT-060COR0PMS0C1120A	66	32,518	Simple	AAAC	120	343	3	1029
166	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	39,671	Simple	AAAC	120	343	3	1029
167	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	2,77	Simple	AAAC	120	343	3	1029
168	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,898	Doble	AAAC	300	865	6	5190
169	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,898	Doble	AAAC	300	865	6	5190
170	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	9,138	Doble	AAACE	300	827	6	4962
171	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	18,527	Doble	AAACE	300	827	6	4962
172	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	14,104	Simple	AAAC	120	343	3	1029
173	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	8,645	Doble	AAACE	300	827	6	4962
174	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	5	Doble	AAACE	300	827	6	4962
175	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	6,969	Doble	AAACE	300	827	6	4962
176	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	4,023	Doble	AAACE	300	827	6	4962
177	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	8,23	Doble	AAAC	300	865	6	5190
178	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	10,099	Doble	AAACE	300	827	6	4962
179	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	5	Doble	AAACE	300	827	6	4962
180	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,941	Doble	AAAC	300	865	6	5190
181	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	5,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
182	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	5,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
183	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1300A	66	37,836	Simple	AAAC	300	865	3	2595
184	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	66	13,463	Simple	AAAC	300	865	3	2595
185	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	2,297	Doble	AAAC	300	865	6	5190
186	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	4,708	Simple	AAAC	300	865	3	2595
187	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,98	Doble	AAAC	300	865	6	5190
188	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	7,074	Doble	AAAC	300	865	6	5190
189	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	7,074	Doble	AAAC	300	865	6	5190
190	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,488	Doble	AAAC	300	865	6	5190
191	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	3,901	Doble	AAACE	300	827	6	4962
192	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	6,616	Simple	AAAC	300	865	3	2595
193	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1300A	66	16,675	Simple	AAAC	300	865	3	2595
194	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	6,162	Doble	AAACE	300	827	6	4962
195	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	3,815	Simple	AAAC	300	865	3	2595
196	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,366	Simple	AAAC	300	865	3	2595
197	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	8,368	Doble	AAAC	300	865	6	5190
198	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,248	Simple	AAAC	300	865	3	2595
199	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	66	1,643	Simple	AAAC	300	865	3	2595
200	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	7,54	Doble	AAAC	300	865	6	5190
201	EDELNOR	LT-060COU0AMS0C1300A	60	5,762	Simple	AAAC	300	865	3	2595
202	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,49	Doble	AAAC	300	865	6	5190
203	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,49	Doble	AAAC	300	865	6	5190
204	EDELNOR	LT-220COU0PAS0C1500A	220	2,8	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
205	EDELNOR	LT-220COU0PAS0C1500A	220	2,8	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
206	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	3,742	Simple	AAAC	300	865	3	2595
207	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	14,827	Doble	AAACE	300	827	6	4962
208	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	5,104	Doble	AAAC	300	865	6	5190
209	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	0,616	Doble	AAAC	300	865	6	5190

Handwritten signatures and official stamps of DGRAC MIC, V°B° Analista, and Especialista Legal.



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
210	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,198	Doble	AAAC	300	865	6	5190
211	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,423	Simple	AAAC	300	865	3	2595
212	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,741	Doble	AAAC	300	865	6	5190
213	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	9,759	Simple	AAAC	120	343	3	1029
214	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	32,559	Simple	AAAC	120	343	3	1029
215	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1120A	60	2,337	Simple	AAAC	120	343	3	1029
216	HIDRANDINA	LT-060COU0AMS0C5120A	66	4,2	Simple	AAACE	120	322	3	966
217	HIDRANDINA	LT-060COU0AMS0C5240A	66	80,8	Simple	AAACE	240	670	3	2010
218	EDECAÑETE	LT-060COU0ACS0C1120A	60	8	Simple	AAAC	120	343	3	1029
219	LUZ DEL SUR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	9,76	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
220	LUZ DEL SUR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	9,76	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
221	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	3,13	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
222	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,43	Doble	AAAC	300	865	6	5190
223	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	4,46	Simple	AAAC	300	865	3	2595
224	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	5,966	Doble	AAAC	300	865	6	5190
225	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	6,4	Doble	AAAC	120	343	6	2058
226	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	6,4	Doble	AAAC	120	343	6	2058
227	LUZ DEL SUR	LT-060SIR0TAS0C1120A	60	28,09	Simple	AAAC	120	343	3	1029
228	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	3,93	Doble	AAACE	300	827	6	4962
229	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMS0C5120A	60	29,37	Simple	AAACE	120	322	3	966
230	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	1,82	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
231	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	3,3	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
232	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	3,3	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
233	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	1,82	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
234	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	0,68	Doble	AAACE	300	827	6	4962
235	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5120A	60	6,2	Doble	AAACE	120	322	6	1932
236	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	3,13	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
237	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,83	Doble	AAAC	300	865	6	5190
238	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,83	Doble	AAAC	300	865	6	5190
239	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1120A	60	2,08	Simple	AAAC	120	343	3	1029
240	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,46	Doble	AAAC	300	865	6	5190
241	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5120A	60	6,2	Doble	AAACE	120	322	6	1932
242	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	0,68	Doble	AAACE	300	827	6	4962
243	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	0,19	Doble	AAAC	120	343	6	2058
244	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMD0C5120A	60	12,02	Doble	AAACE	120	322	6	1932
245	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	0,19	Doble	AAAC	120	343	6	2058
246	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMD0C5120A	60	12,02	Doble	AAACE	120	322	6	1932
247	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	0,98	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
248	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	0,07	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
249	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	0,98	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
250	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	0,07	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
251	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	3,81	Doble	AAAC	120	343	6	2058
252	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,44	Doble	AAAC	300	865	6	5190
253	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	3,81	Doble	AAAC	120	343	6	2058
254	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	5,95	Simple	AAAC	300	865	3	2595
255	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,31	Doble	AAAC	300	865	6	5190
256	LUZ DEL SUR	LT-060SIR0TAS0C1120A	60	0,8	Simple	AAAC	120	343	3	1029
257	LUZ DEL SUR	LT-060SIR0TAS0C1120A	60	20,73	Simple	AAAC	120	343	3	1029
258	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	0,04	Doble	AAACE	300	827	6	4962
259	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	3,93	Doble	AAACE	300	827	6	4962
260	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	5,16	Simple	AAAC	300	865	3	2595
261	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5120A	60	13,8	Doble	AAACE	120	322	6	1932
262	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5120A	60	13,8	Doble	AAACE	120	322	6	1932

[Handwritten signature]





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Torneo	Tipo conductor	Sección (mm²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
263	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,43	Doble	AAAC	300	865	6	5190
264	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,46	Doble	AAAC	300	865	6	5190
265	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	4,14	Simple	AAAC	300	865	3	2595
266	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,44	Doble	AAAC	300	865	6	5190
267	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMS0C5120A	60	15,23	Simple	AAACE	120	322	3	966
268	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,31	Doble	AAAC	300	865	6	5190
269	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	6,75	Doble	AAACE	300	827	6	4962
270	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	6,75	Doble	AAACE	300	827	6	4962
271	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,368	Doble	AAAC	300	865	6	5190
272	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1120A	60	0,516	Simple	AAAC	120	343	3	1029
273	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,2088	Doble	AAAC	300	865	6	5190
274	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	7,58	Doble	AAACE	300	827	6	4962
275	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	7,58	Doble	AAACE	300	827	6	4962
276	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	0,04	Doble	AAACE	300	827	6	4962
277	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	5,9	Doble	AAACE	300	827	6	4962
278	LUZ DEL SUR	LT-060COU0AMD0C5300A	60	5,9	Doble	AAACE	300	827	6	4962
279	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	4,4232	Doble	AAAC	120	343	6	2058
280	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1120A	60	4,0352	Doble	AAAC	120	343	6	2058
281	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	6,35	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
282	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1400A	60	6,35	Doble	AAAC	400	1098	6	6588
283	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	5,966	Doble	AAAC	300	865	6	5190
284	ADINELSA	LT-060SIR0TAS0C1120A	60	51,87	Simple	AAAC	120	343	3	1029
285	COELVISAC	LT-060COR0PMS0C1120A	60	0,334	Simple	AAAC	120	343	3	1029
286	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C5120A	60	1,55	Simple	AAACE	120	322	3	966
287	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1070A	60	5,7	Doble	AAAC	70	173	6	1038
288	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1070A	60	2,5	Doble	AAAC	70	173	6	1038
289	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	2,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
290	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	4,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
291	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	8,8	Doble	AAAC	120	343	6	2058
292	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	17,33	Simple	AAAC	120	343	3	1029
293	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	41,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
294	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	7,3	Doble	AAAC	120	343	6	2058
295	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	5,7	Doble	AAAC	120	343	6	2058
296	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	5,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
297	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	0,04	Simple	AAAC	120	343	3	1029
298	ELECTRO DUNAS	LT-060COU0ACS0C1120A	60	8,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
299	ELECTRO DUNAS	LT-060COU0ACS0C1120A	60	3,7	Simple	AAAC	120	343	3	1029
300	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	3,7	Simple	AAAC	120	343	3	1029
301	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	6,3	Simple	AAAC	120	343	3	1029
302	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	16,7	Simple	AAAC	120	343	3	1029
303	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	5,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
304	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	20,5	Doble	AAAC	120	343	6	2058
305	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	20,5	Doble	AAAC	120	343	6	2058
306	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	39,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
307	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	35,17	Simple	AAAC	120	343	3	1029
308	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	11	Simple	AAAC	120	343	3	1029
309	ELECTRO DUNAS	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	30	Simple	AAAC	120	343	3	1029
310	ELECTRO DUNAS	LT-060SIR1TAS1C1120A	60	62,1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
311	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	2,5	Simple	AAAC	120	343	3	1029
312	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	5,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
313	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	25,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
314	REP	LT-220COR0PMS0C1500A	220	0,1	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
315	REP AdicRAG	LT-220COR0PMS0C1500A	220	155	Simple	AAAC	500	1372	3	4116

[Handwritten signature]





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
316	REP_AdicRAG	LT-220COR0PMS0C1500A	220	55,19	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
317	REP_AdicRAG	LT-060COR0PMS0C1300A	60	4	Simple	AAAC	300	865	3	2595
318	REP_AdicRAG	LT-060COR0PMS0C1300A	60	14,9	Simple	AAAC	300	865	3	2595
319	REP_AdicRAG	LT-060COR0PMS0C1300A	60	14,9	Simple	AAAC	300	865	3	2595
320	SEAL	LT-060COR0PMS0C1120A	60	63	Simple	AAAC	120	343	3	1029
321	CONENHUA	LT-138SIRITASIC1240A	138	103,73	Simple	AAAC	240	686	3	2058
322	EGASA	LT-138SIR0TASIC1240A	138	17,67	Simple	AAAC	240	686	3	2058
323	ELECTROSLR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	41,85	Simple	AAAC	120	343	3	1029
324	REP	LT-138SIRITADIC1240A	138	5,4	Doble	AAAC	240	686	6	4116
325	REP	LT-138SIRITASIC1240A	138	0,3	Simple	AAAC	240	686	3	2058
326	SEAL	LT-138SIRITASIC1240A	138	45,45	Simple	AAAC	240	686	3	2058
327	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	4,68	Simple	AAAC	70	173	3	519
328	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	0,761	Simple	AAAC	70	173	3	519
329	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	6,703	Simple	AAAC	70	173	3	519
330	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	3,357	Simple	AAAC	70	173	3	519
331	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	0,24	Simple	AAAC	70	173	3	519
332	SEAL	LT-033COR0PCS0C1070A	33	0,03	Simple	AAAC	70	173	3	519
333	SEAL	LT-033COR0PCS0C1085A	33	38,78	Simple	AAAC	85	220	3	660
334	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	1,3	Doble	AAAC	120	343	6	2058
335	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	1,3	Doble	AAAC	120	343	6	2058
336	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	8,4	Doble	AAAC	120	343	6	2058
337	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1107A	33	0,03	Simple	AAAC	107	308	3	924
338	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	8,4	Doble	AAAC	120	343	6	2058
339	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1085A	33	6,5	Simple	AAAC	85	220	3	660
340	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	6,713	Simple	AAAC	120	343	3	1029
341	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	0,31	Simple	AAAC	120	343	3	1029
342	SEAL	LT-033SIU0ACD0C1150A	33	8,17	Doble	AAAC	150	440	6	2640
343	SEAL	LT-033SIU0ACD0C1150A	33	8,17	Doble	AAAC	150	440	6	2640
344	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	8,37	Doble	AAAC	120	343	6	2058
345	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	8,37	Doble	AAAC	120	343	6	2058
346	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	9,77	Doble	AAAC	120	343	6	2058
347	SEAL	LT-033SIR0PCD0C1120A	33	9,77	Doble	AAAC	120	343	6	2058
348	ELECTRO SUR ESTE	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	16,47	Simple	AAAC	120	343	3	1029
349	ELECTRO SUR ESTE	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	5,99	Simple	AAAC	120	343	3	1029
350	ELECTRO SUR ESTE	LT-033SIR0PCS0C1050A	33	18,6	Simple	AAAC	50	138	3	414
351	ELECTRO SUR ESTE	LT-033SIR0PCS0C1050A	33	0,17	Simple	AAAC	50	138	3	414
352	ELECTRO SUR ESTE	LT-033SIR0PCS0C1050A	33	16,4	Simple	AAAC	50	138	3	414
353	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIRITASIC1070A	66	28,03	Simple	AAAC	70	173	3	519
354	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIR0TASIC1070A	60	21,91	Simple	AAAC	70	173	3	519
355	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIRITASIC1120A	60	58,24	Simple	AAAC	120	343	3	1029
356	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIR0TASIC1120A	60	33,63	Simple	AAAC	120	343	3	1029
357	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIRITASIC1120A	60	64,47	Simple	AAAC	120	343	3	1029
358	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIRITASIC1120A	60	67,4	Simple	AAAC	120	343	3	1029
359	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIR0TASIC1120A	60	29,95	Simple	AAAC	120	343	3	1029
360	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIR0TASIC1120A	60	29,99	Simple	AAAC	120	343	3	1029
361	REP	LT-138SIRITASIC1240A	138	94,7	Simple	AAAC	240	686	3	2058
362	ELECTRO PUNO	LT-060SIRITASIC1120A	60	2,95	Simple	AAAC	120	343	3	1029
363	ELECTRO PUNO	LT-060SIRITASIC1120A	60	46,75	Simple	AAAC	120	343	3	1029
364	ELECTRO PUNO	LT-060SIRITASIC1120A	60	42,1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
365	ELECTRO PUNO	LT-060SIRITASIC1120A	60	1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
366	ENERSUR	LT-138SIU0ACSIC1400A	138	30,76	Simple	AAAC	400	1098	3	3294
367	ENERSUR	LT-138SIU0ACSIC1240A	138	38,72	Simple	AAAC	240	686	3	2058
368	REP	LT-138SIR0TASIC1240A	138	138,7	Simple	AAAC	240	686	3	2058

[Handwritten signatures and stamps]
 DGRAIC MTC
 V°B°
 Especialista Legal
 DGRAIC MTC
 V°B°
 Especialista Legal
 DGRAIC MTC
 V°B°
 Especialista Legal



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
369	REP	LT-138SIR0TASIC1240A	138	0,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
370	EGESUR	LT-060COU0ACS0C1120A	66	29,29	Simple	AAAC	120	343	3	1029
371	EGESUR	LT-060COU0ACS0C1120A	66	0,1	Simple	AAAC	120	343	3	1029
372	ELECTROSUR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	16,6	Simple	AAAC	120	343	3	1029
373	ELECTROSUR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	19,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
374	ELECTROSUR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	15,25	Simple	AAAC	120	343	3	1029
375	ELECTROSUR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	26	Simple	AAAC	120	343	3	1029
376	ELECTROSUR	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	29	Simple	AAAC	120	343	3	1029
377	ELECTROSUR	LT-060COU0ACS0C1120A	66	27,33	Simple	AAAC	120	343	3	1029
378	ELECTROSUR	LT-060COU0ACS0C1120A	66	7,2	Simple	AAAC	120	343	3	1029
379	ELECTRO UCAYALI	LT-060SER0TADIC1240A	60	6,14	Doble	AAAC	240	686	6	4116
380	ELECTRO UCAYALI	LT-060SER0TADIC1240A	60	6,14	Doble	AAAC	240	686	6	4116
381	ELECTRO UCAYALI	LT-060SER0TASIC1240A	60	6,83	Simple	AAAC	240	686	3	2058
382	CONENHUA	LT-220COU0PAS0C1600A	220	78,53	Simple	AAAC	600	1730	3	5190
383	CONENHUA	LT-220SIR0TASIC1600A	220	46,76	Simple	AAAC	600	1730	3	5190
384	CONENHUA	LT-220SIR1TASIC2592A	220	11,76	Simple	ACSR	592	2229,5	3	6688,5
385	CONENHUA	LT-060SIR1TADIC1240A	60	10,24	Doble	AAAC	240	686	6	4116
386	CONENHUA	LT-060SIR1TADIC1240A	60	10,24	Doble	AAAC	240	686	6	4116
387	ETCALLALLI	LT-033SIR0PCS0C1107A	33	18,7	Simple	AAAC	107	308	3	924
388	ETCALLALLI	LT-060SIR1TASIC1203A	66	60,44	Simple	AAAC	203	550	3	1650
389	ETCALLALLI	LT-060SIR1TASIC1203A	66	46,26	Simple	AAAC	203	550	3	1650
390	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACS0C1240A-dif	60	43,39	Simple	AAAC	240	686	3	2058
391	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACS0C1240A-dif	60	25,85	Simple	AAAC	240	686	3	2058
392	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACD0C1240A-dif	60	4,6	Doble	AAAC	240	686	6	4116
393	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACS0C1240A	60	4,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
394	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	45,78	Simple	AAAC	240	686	3	2058
395	ELECTRONOROESTE	LT-060COU0ACS0C1240A	60	7,35	Simple	AAAC	240	686	3	2058
396	ELECTRONOROESTE	LT-060COR0PMS0C1240A	60	34,97	Simple	AAAC	240	686	3	2058
397	DEPolti	LT-060COR0PMD0C1107A	60	35,47	Doble	AAAC	107	308	6	1848
398	ELECTRONORTE	LT-138SIR0TASIC1240A	138	63,4	Simple	AAAC	240	686	3	2058
399	ELECTRONORTE	LT-138SIR0TASIC1240A	138	90,2	Simple	AAAC	240	686	3	2058
400	ELECTRONORTE	LT-060COU0ACS0C1240A	60	9,32	Simple	AAAC	240	686	3	2058
401	ELECTRONORTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	26,12	Simple	AAAC	120	343	3	1029
402	ELECTRONORTE	LT-060COR0TADIC1240A-ELN	60	6,7	Doble	AAAC	240	686	6	4116
403	ELECTRONORTE	LT-060COR0PMS0C1120A	60	26	Simple	AAAC	120	343	3	1029
404	ELECTRONORTE	LT-060COU0ACS0C1240A	60	42,39	Simple	AAAC	240	686	3	2058
405	HIDRANDINA	LT-138SIR1TASIC1240A	138	51,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
406	HIDRANDINA	LT-138SIR1TASIC1240A	138	53,46	Simple	AAAC	240	686	3	2058
407	HIDRANDINA	LT-060SIR1TASIC1120A	60	35,15	Simple	AAAC	120	343	3	1029
408	HIDRANDINA	LT-060COR0PMS0C5240A	60	46,76	Simple	AAACE	240	670	3	2010
409	0	LT-220SIR1TAS2C2592A	220	11	Simple	ACSR	592	2229,5	3	6688,5
410	HIDRANDINA	LT-060COR0PMS0C5120A	60	22,326	Simple	AAACE	120	322	3	966
411	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5240A	138	6,05	Simple	AAACE	240	670	3	2010
412	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5240A	138	41,36	Simple	AAACE	240	670	3	2010
413	HIDRANDINA	LT-060SIR1TASIC1120A	60	9	Simple	AAAC	120	343	3	1029
414	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5240A	138	7,92	Simple	AAACE	240	670	3	2010
415	HIDRANDINA	LT-060SIR1TASIC1120A	60	74,18	Simple	AAAC	120	343	3	1029
416	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5240A	138	8,32	Simple	AAACE	240	670	3	2010
417	HIDRANDINA	LT-138COU0AMS0C5300A	138	9,74	Simple	AAACE	300	827	3	2481
418	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5240A-dif	138	17,45	Simple	AAACE	240	670	3	2010

[Handwritten signatures and stamps]



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
419	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C1240A-dif	138	22,42	Simple	AAAC	240	686	3	2058
420	HIDRANDINA	LT-138COR0PMS0C5240A-dif	138	31,6	Simple	AAACE	240	670	3	2010
421	HIDRANDINA	LT-060COR0PMS0C1240A	60	8,08	Simple	AAAC	240	686	3	2058
422	HIDRANDINA	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	24,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
423	HIDRANDINA	LT-060SIR0TAS1C1120A	60	110	Simple	AAAC	120	343	3	1029
424	HIDRANDINA	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	22,6	Simple	AAAC	240	686	3	2058
425	HIDRANDINA	LT-060SIR0TAS1C1120A	60	37,3	Simple	AAAC	120	343	3	1029
426	ELECTRO ORIENTE	LT-138SER0TAS1C4240A	138	149,6	Simple	ACAR	240	700	3	2100
427	ELECTRO ORIENTE	LT-060SEU0AMS1C5240A	60	24,33	Simple	AAACE	240	670	3	2010
428	ELECTRO ORIENTE	LT-060SER0TAS1C1150A	60	31,54	Simple	AAAC	150	440	3	1320
429	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	24,55	Simple	AAAC	95	275	3	825
430	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	7,53	Simple	AAAC	95	275	3	825
431	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	6,33	Simple	AAAC	95	275	3	825
432	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	6,76	Simple	AAAC	95	275	3	825
433	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	18,34	Simple	AAAC	95	275	3	825
434	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	6,94	Simple	AAAC	95	275	3	825
435	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	11,27	Simple	AAAC	95	275	3	825
436	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	3,28	Simple	AAAC	50	138	3	414
437	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	4,4	Simple	AAAC	50	138	3	414
438	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	18,49	Simple	AAAC	50	138	3	414
439	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	5,97	Simple	AAAC	50	138	3	414
440	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	7,8	Simple	AAAC	50	138	3	414
441	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	8,15	Simple	AAAC	50	138	3	414
442	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	3,86	Simple	AAAC	50	138	3	414
443	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1035A	33	7,33	Simple	AAAC	35	110	3	330
444	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	1,86	Simple	AAAC	50	138	3	414
445	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	28,98	Simple	AAAC	95	275	3	825
446	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	22,32	Simple	AAAC	95	275	3	825
447	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1095A	33	3,33	Simple	AAAC	95	275	3	825
448	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	6	Simple	AAAC	120	343	3	1029
449	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	9,44	Simple	AAAC	240	686	3	2058
450	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	13,29	Simple	AAAC	240	686	3	2058
451	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1095A	60	80,01	Simple	AAAC	95	275	3	825
452	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	33,73	Simple	AAAC	50	138	3	414
453	ELECTROCENTRO	LT-033SER0PCS0C1050A	33	11,25	Simple	AAAC	50	138	3	414
454	ELECTROCENTRO	LT-220SIR0TAD1C2592A	220	4	Doble	ACSR	592	2229,5	6	13377
455	ELECTROCENTRO	LT-220SIR0TAD1C2592A	220	4	Doble	ACSR	592	2229,5	6	13377
456	ELECTROCENTRO	LT-033SIR0PCS0C1070A	33	35,237	Simple	AAAC	70	173	3	519
457	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1120A	60	23,08	Simple	AAAC	120	343	3	1029
458	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1120A	60	71,296	Simple	AAAC	120	343	3	1029
459	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	56,43	Simple	AAAC	240	686	3	2058
460	ELECTROCENTRO	LT-060SER0TAS1C1120A	60	43,12	Simple	AAAC	120	343	3	1029
461	ELECTROCENTRO	LT-060SIR0TAS1C1240A	60	24,02	Simple	AAAC	240	686	3	2058
462	ELECTROCENTRO	LT-138SIR0TAS1C1240A	138	90	Simple	AAAC	240	686	3	2058
463	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1500A	60	0,248	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
464	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	1,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
465	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	1,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
466	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	2	Simple	AAAC	300	865	3	2595
467	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	2	Simple	AAAC	300	865	3	2595
468	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	8,97	Simple	AAAC	300	865	3	2595
469	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	4,348	Simple	AAAC	300	865	3	2595
470	EDELNOR	LT-060COU0AMD0C1300A	60	4,067	Doble	AAACE	300	827	6	4962

[Handwritten signature]



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

N°	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm ²)	Peso Kg/Km	N° de conductores en LT	Peso LT Kg/Km
471	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,45	Doble	AAAC	300	865	6	5190
472	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,45	Doble	AAAC	300	865	6	5190
473	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,869	Doble	AAAC	300	865	6	5190
474	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,6994	Simple	AAAC	300	865	3	2595
475	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	2,32	Doble	AAAC	300	865	6	5190
476	EDELNOR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,64	Simple	AAAC	300	865	3	2595
477	EDELNOR	LT-060COR0PMD0C1300A	60	16	Doble	AAAC	300	865	6	5190
478	EDELNOR	LT-060COR0PMD0C1300A	60	16	Doble	AAAC	300	865	6	5190
479	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,2	Doble	AAAC	300	865	6	5190
480	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,2	Doble	AAAC	300	865	6	5190
481	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,98	Doble	AAAC	300	865	6	5190
482	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,98	Doble	AAAC	300	865	6	5190
483	EDELNOR	LT-060COR0PMS0C1300A	60	1,5	Simple	AAAC	300	865	3	2595
484	EDELNOR	LT-220SIR0TAD2C1600A	220	7,6245	Doble	AAAC	600	1730	6	10380
485	EDELNOR	LT-220SIR0TAD2C1600A	220	7,6245	Doble	AAAC	600	1730	6	10380
486	EDELNOR	LT-220COU0PAS0C1500A	220	4,6	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
487	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	2	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
488	EDELNOR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	2	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
489	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	0,516	Simple	AAAC	300	865	3	2595
490	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,696	Doble	AAAC	300	865	6	5190
491	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,696	Doble	AAAC	300	865	6	5190
492	LUZ DEL SUR	LT-220COU0PAS0C1500A	220	0,211	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
493	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,02	Doble	AAAC	300	865	6	5190
494	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,0352	Doble	AAAC	300	865	6	5190
495	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMD0C1300A	60	7,87	Doble	AAAC	300	865	6	5190
496	LUZ DEL SUR	LT-060COR0PMD0C1300A	60	7,87	Doble	AAAC	300	865	6	5190
497	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	3,75	Doble	AAAC	300	865	6	5190
498	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACS0C1300A	60	16,74	Simple	AAAC	300	865	3	2595
499	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1500A	60	3,43	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
500	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1500A	60	3,43	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
501	NNNN	LT-220COU0PAD0C1500A	220	5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
502	NNNN	LT-220COU0PAD0C1500A	220	5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
503	LUZ DEL SUR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	0,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
504	LUZ DEL SUR	LT-220COU0PAD0C1500A	220	0,5	Doble	AAAC	500	1372	6	8232
505	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	0,19	Doble	AAAC	300	865	6	5190
506	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	0,19	Doble	AAAC	300	865	6	5190
507	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	12,53	Doble	AAAC	300	865	6	5190
508	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	1,23	Doble	AAAC	300	865	6	5190
509	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	13,8	Doble	AAAC	300	865	6	5190
510	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,93	Doble	AAAC	300	865	6	5190
511	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	6,93	Doble	AAAC	300	865	6	5190
512	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	0,33	Doble	AAAC	300	865	6	5190
513	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	0,33	Doble	AAAC	300	865	6	5190
514	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	12,26	Doble	AAAC	300	865	6	5190
515	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	12,26	Doble	AAAC	300	865	6	5190
516	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	7,34	Doble	AAAC	120	343	6	2058
517	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	5,7	Doble	AAAC	120	343	6	2058
518	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	5,7	Doble	AAAC	120	343	6	2058
519	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	2,93	Doble	AAAC	120	343	6	2058
520	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	4,38	Doble	AAAC	120	343	6	2058
521	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1120A	60	8	Simple	AAAC	120	343	3	1029
522	TRANSMANIFARO	LT-220COR0PMS0C1300A	220	55,29	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
523	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	24,8	Doble	AAAC	120	343	6	2058









"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Nº	Titular	Código de Módulo de Línea	Tensión (kV)	Long. (km)	Terna	Tipo conductor	Sección (mm²)	Peso Kg/Km	Nº de conductores en LT	Peso LT Kg/km
524	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	15	Doble	AAAC	120	343	6	2058
525	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	8,85	Doble	AAAC	120	343	6	2058
526	COELVISAC	LT-060COR0PMS0C1240A	60	31,043	Simple	AAAC	240	686	3	2058
527	NNNN	LT-220COR0PMS0C1500A	220	155	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
528	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1240A	60	35,17	Simple	AAAC	240	686	3	2058
529	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMS0C1240A	60	17,33	Simple	AAAC	240	686	3	2058
530	ELECTRO DUNAS	LT-060COR0PMD0C1120A	60	43,1	Doble	AAAC	120	343	6	2058
531	SEAL	LT-060COR0PMS0C1120A	60	35,49	Simple	AAAC	120	343	3	1029
532	SEAL	LT-060COR0PMS0C1120A	60	57,35	Simple	AAAC	120	343	3	1029
533	SEAL	LT-138COR0PMS0C1240A	138	63,382	Simple	AAAC	240	686	3	2058
534	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1120A	33	3,159	Simple	AAAC	120	343	3	1029
535	SEAL	LT-138SIR0TASIC1240A	138	8,17	Simple	AAAC	240	686	3	2058
536	SEAL	LT-033SIR0PCS0C1150A	33	4,112	Simple	AAAC	150	440	3	1320
537	SEAL	LT-033SIU0ACS0C1070A	33	12	Simple	AAAC	70	173	3	519
538	SEAL	LT-033SIU0ACS0C1120A	33	10	Simple	AAAC	120	343	3	1029
539	SEAL	LT-138SIR0TASIC1240A	138	0,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
540	SEAL	LT-138SIR0TASIC1240A	138	4,5	Simple	AAAC	240	686	3	2058
541	SEAL	LT-033SIU0ACS0C1150A	33	2,95	Simple	AAAC	150	440	3	1320
542	ELECTRO SUR ESTE	LT-138SIR0TASIC1240A	138	69,16	Simple	AAAC	240	686	3	2058
543	ELECTRO SUR ESTE	LT-138SIR0TASIC1240A	138	152,85	Simple	AAAC	240	686	3	2058
544	ELECTRO SUR ESTE	LT-060SIR0TASIC1120A	60	17,65	Simple	AAAC	120	343	3	1029
545	ELECTRO PUNO	LT-060SIR1TASIC1120A	60	40,06	Simple	AAAC	120	343	3	1029
546	ELECTRO PUNO	LT-060SIR1TASIC1120A	60	49,71	Simple	AAAC	120	343	3	1029
547	ELECTRO PUNO	LT-060SIR1TASIC1120A	60	34,15	Simple	AAAC	120	343	3	1029
548	ELECTROSUR	LT-060COU0ACS0C1240A	60	5,58	Simple	AAAC	240	686	3	2058
549	NNNN	LT-060COU0ACS0C1240A	60	10,74	Simple	AAAC	240	686	3	2058
550	ELECTRO UCAYALI	LT-060SEU0ACSIC1240A	60	7,59	Simple	AAAC	240	686	3	2058
551	ELECTRO UCAYALI	LT-060SEU0ACSIC1240A	60	6,14	Simple	AAAC	240	686	3	2058
552	REP	LT-220COR0PMS0C1400A	220	211,191	Simple	AAAC	400	1098	3	3294
553	REP	LT-220COR0PMS0C1500A	220	133,75	Simple	AAAC	500	1372	3	4116
554	REP	LT-220COR0PMS0C1600A	220	132,9	Simple	AAAC	600	1730	3	5190
555	REP	LT-220COU0AMD0C5400A	220	18,02	Doble	AAACE	400	1105	6	6630
556	REP	LT-220COU0AMD0C5400A	220	10,58	Doble	AAACE	400	1105	6	6630
557	REP	LT-220COU0AMS0C5400A	220	11,07	Simple	AAACE	400	1105	3	3315
558	REP	LT-220COU0AMD0C5500A	220	26,371	Doble	AAACE	500	1372	6	8232
559	REP	LT-138SIR1TASIC1300A	138	90,8	Simple	AAAC	300	865	3	2595
560	REP	LT-138SIR1TASIC1300A	138	89,6	Simple	AAAC	300	865	3	2595
561	REP	LT-138SIR1TADIC1240A	138	20,7	Doble	AAAC	240	686	6	4116
562	REP	LT-138SIR1TASIC1240A	138	5,4	Simple	AAAC	240	686	3	2058
563	REP	LT-220COR0PMD0C5400A	220	164	Doble	AAACE	400	1105	6	6630
564	REP	LT-220COR0PMD0C5400A	220	221,16	Doble	AAACE	400	1105	6	6630
565	SN POWER	LT-138COU0ACS0C1240A	138	9,43	Simple	AAAC	240	686	3	2058
566	ETCALLALI	LT-060SIR1TASIC1240A	60	19,67	Simple	AAAC	240	686	3	2058
567	ELECTRONORTE	LT-060COU0ACS0C1240A	60	9,016	Simple	AAAC	240	686	3	2058
568	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	7,268	Doble	AAAC	300	865	6	5190
569	EDELNOR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	7,222	Doble	AAAC	300	865	6	5190
570	LUZ DEL SUR	LT-060COU0ACD0C1300A	60	4,038	Doble	AAAC	300	865	6	5190

[Handwritten signature]



CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
2018 JUL 9 PM 4 31

A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

EXPEDIENTE N° 0423-2017-CCL

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

v

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.

ESCRITO N° 2

DEMANDA

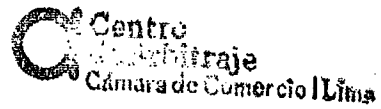
9 de julio de 2018

FREDDY ESCOBAR
LAURA FRANCIA
MERCEDES ARGUEDAS
AUGUSTO PEREYRA

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

LAZO, DE ROMAÑA & CMB ABOGADOS

ÍNDICE



I.	ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	2
II.	INTRODUCCIÓN	4
III.	CONTEXTO Y HECHOS	5
IV.	ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES	7
A)	Principios involucrados	7
B)	Regulación aplicable al Contrato	7
C)	Sucesión de actos en el tiempo	8
D)	Resolución Viceministerial y Mandato	9
V.	NORMAS LEGALES APLICABLES AL CASO	13
A)	Art. 1361 del CC	13
B)	Arts. 168 y 1363 del CC	13
C)	Art. 1321 del CC	15
VI.	NORMAS CONTRACTUALES APLICABLES AL CASO	16
A)	Riesgos legales en los contratos de ejecución continuada	16
B)	Cláusula Cuarta del Contrato	17
C)	Irrelevancia del Mandato	21
VII.	FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA	23
A)	Comportamiento debido	23
B)	Incumplimiento (doloso)	23
VIII.	FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN COMPENSATORIA	25
A)	Regla de cobertura	25
B)	Activación de la protección	26
IX.	CONCLUSIONES	28
X.	MEDIOS PROBATORIOS	30

I. ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

“ <u>AZTECA</u> ”:	es Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
“ <u>CC</u> ”:	es el Código Civil.
“ <u>Contrato</u> ”:	es el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre EDELNOR y AZTECA el 9 de noviembre de 2015.
“ <u>Constitución</u> ”:	es la Constitución Política del Perú vigente.
“ <u>EDELNOR</u> ”:	es Empresa de Distribución Eléctrica Lima Norte S.A.A. Actualmente, EDELNOR es ENEL.
“ <u>ENEL</u> ”:	es Enel Distribución Perú S.A.A.
“ <u>Escrito de Oposición</u> ”:	es el escrito de oposición al presente proceso arbitral presentado por AZTECA el 19 de abril de 2018.
“ <u>Fórmula</u> ”:	es la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento.
“ <u>Ley</u> ”:	es la Ley No. 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
“ <u>Ley de Arbitraje</u> ”:	es el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
“ <u>Mandato</u> ”:	es el mandato de compartición de infraestructura aprobado por la Resolución OSIPTEL.
“ <u>MTC</u> ”:	es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
“ <u>OSIPTEL</u> ”:	es el Organismo de Supervisión de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.
“ <u>Reglamento</u> ”:	es el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC.
“ <u>Resolución Viceministerial</u> ”:	es la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03.
“ <u>Resolución OSIPTEL</u> ”:	es la Resolución de Consejo Directivo 063-2018-CD/OSIPTEL de fecha 8 de marzo de 2018.

2018 JUL 9 PM 4 31

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

“Retribución o Contraprestación”:

es la retribución que AZTECA debe pagar a ENEL en virtud del Contrato.

“Solicitud de Mandato”:

es la solicitud de fecha 5 de octubre de 2017 presentada por AZTECA a OSIPTEL para que este organismo emita el Mandato.

II. INTRODUCCIÓN

Dentro del plazo establecido en el Numeral 19 del Acta de Instalación suscrita el 19 de marzo de 2018, procedemos a presentar nuestra demanda, que contiene las siguientes pretensiones:

- (i) Pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral declare que AZTECA incumplió la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.
- (ii) Pretensión accesoria a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'276,479.00 (Un Millón Doscientos Setenta y Seis Mil Cuatrocientos Setenta y Nueve con 00/100 Soles), a título de *indemnización* por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.

En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la *indemnización* por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato

- (iii) Pretensión subordinada a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'276,479.00 (Un Millón Doscientos Setenta y Seis Mil Cuatrocientos Setenta y Nueve con 00/100 Soles), a título de *compensación* en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la *compensación* en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

A continuación, pasamos a explicar el contenido de este escrito.

En la Sección III describimos hechos relevantes sobre AZTECA y sobre el caso objeto de este proceso arbitral.

En la Sección IV describimos aspectos de orden legal que resultan relevantes para comprender y resolver el caso objeto de este proceso arbitral.

En la Sección V describimos las normas legales en base a las cuales ENEL sustenta sus pretensiones.

En la Sección VI desarrollamos la naturaleza, el alcance y los efectos de las disposiciones contractuales en base a las cuales ENEL sustenta sus pretensiones.

En la Sección VII desarrollamos los fundamentos de nuestra pretensión indemnizatoria.

En la Sección VIII desarrollamos los fundamentos de nuestra pretensión compensatoria.

Finalmente, en las Secciones IX y X describimos las conclusiones y ofrecemos los medios probatorios, respectivamente.

III. CONTEXTO Y HECHOS

1. AZTECA **no es** una empresa *sin experiencia, sin conocimiento* del mercado y de las leyes, *sin capacidad financiera*. AZTECA forma parte del Grupo Salinas de México ("Grupo"), que se encuentra integrado por otras once (11) empresas: Azteca América, Grupo Elektra, Advance América, Banco Azteca, Seguros Azteca, Afore Azteca, Totalplay, Enlace, Italika, Punto Casa de Bolsa y Azteca Internet.
2. Las operaciones del Grupo se extienden a México, Estados Unidos, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú y Panamá, generando un ingreso anual agregado superior a US\$ 7,000,000,000 y un EBITDA superior a US\$ 1,300,000,00¹. En el Perú, el Grupo inició sus actividades con Elektra en 1998, esto es, hace veinte (20) años.
3. De acuerdo con la SUNAT², AZTECA inició sus actividades en el Perú el 4 de junio de 2014. AZTECA se dedica a prestar servicios en el sector de telecomunicaciones, contado para ello con más de veinte (20) establecimientos a lo largo de todo el país³.
4. El 17 de junio de 2014, AZTECA obtuvo la buena pro del proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro". En virtud a ello, AZTECA celebró con el Estado Peruano el Contrato de Concesión del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro" ("Contrato de Concesión").
5. En función de lo dispuesto por el art. 13 de la Ley y por el art. 25 del Reglamento, AZTECA solicitó a EDELNOR (ahora, ENEL) negociar y suscribir un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica.
6. AZTECA y ENEL negociamos los términos del Contrato y logramos ponernos de acuerdo en todos sus extremos dentro del plazo establecido por el Reglamento. De este modo, el 9 de noviembre de 2015 ambas partes suscribimos el Contrato.
7. En la Cláusula Cuarta del Contrato las partes (i) fijamos libremente la Retribución; (ii) declaramos que, al hacerlo, habíamos observado lo dispuesto por la Ley; y, (iii) acordamos mantenerla vigente por un plazo mínimo de tres (3) años. De modo explícito, además, establecimos que la Retribución podía ser modificada en base a "nuevas condiciones legales", pero solo una vez transcurrido el plazo en cuestión.
8. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley⁴ y en el art. 33 del Reglamento, el Contrato fue remitido al OSIPTEL⁵. Este organismo no cuestionó los

¹ De acuerdo con el portal <http://www.aztecomunicaciones.com/gruposalinas>

² De acuerdo con el servicio de consulta RUC de la SUNAT.

³ De acuerdo con el portal www.datosperu.org

⁴ "Artículo 32. Supervisión.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30".

⁵ "Artículo 33.- Supervisión por parte del OSIPTEL

33.1 El OSIPTEL verificará el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de los Operadores de Telecomunicaciones. Asimismo, verificará el cumplimiento de las disposiciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos contenidas en la Ley y el presente reglamento.

términos pactados sobre el monto de la Retribución ni sobre el plazo de vigencia mínima de ese monto.

9. El 5 de agosto de 2017 se publicó la Resolución Viceministerial (Anexo B del escrito de absolución al Escrito de Oposición, presentado por ENEL con fecha 16 de mayo de 2018). Esta resolución modificó el valor de las variables “m” y “f” de la Fórmula en base a la cual AZTECA y ENEL fijamos la Retribución.
10. El 17 de agosto de 2017 AZTECA envió a ENEL una carta (Anexo C del escrito de absolución al Escrito de Oposición, presentado por ENEL con fecha 16 de mayo de 2018), con el fin de comunicar que la Retribución debía disminuir en función de las modificaciones a las variables “m” y “f” de la Fórmula establecidas por la Resolución Viceministerial.
11. Ante la solicitud de AZTECA, decidimos ejercer nuestro derecho contractual, legal y constitucional a mantener la vigencia de la Retribución por el plazo acordado.
12. El 5 de octubre de 2017 AZTECA presentó a OSIPTEL la Solicitud de Mandato (Anexo B-6 del Escrito de Oposición), con el fin de que este organismo reduzca el monto de la Retribución.
13. El 8 de marzo de 2018 OSIPTEL emitió el Mandato (Anexo B-11 del Escrito de Oposición) con el fin de reducir la Retribución. Este Mandato modificó el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato⁶.
14. AZTECA conocía el marco legal aplicable al acceso a la infraestructura eléctrica. AZTECA sabía que la Fórmula en base a la cual fijamos la Retribución podía ser modificada en cualquier momento.

En efecto, en la nota del Anexo 1 del Reglamento se lee lo siguiente:

«Los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones»
(Énfasis agregado).

15. A pesar de que el propio Reglamento establecía de forma explícita la posibilidad de que el MTC modifique algunas variables de la Fórmula, AZTECA no solo aceptó que la Retribución tuviese un plazo de vigencia mínimo de tres (3) años; también aceptó que las “nuevas condiciones legales” solo justifiquen una modificación de la Retribución una vez transcurrido dicho plazo.
16. Tan pronto se produjo la primera modificación de la Fórmula, AZTECA ignoró lo que había pactado y exigió un cambio de condiciones económicas, a pesar de que no había transcurrido el plazo de vigencia mínimo de tres (3) años que ambas partes acordamos cumplir.

33.2 Para tales efectos, el OSIPTEL podrá realizar las coordinaciones que considere necesarias con las autoridades del sector energía, estableciendo las disposiciones específicas y complementarias que sean necesarias.

33.3 En el marco de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley, el incumplimiento de las disposiciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica o de hidrocarburos previstas en la Ley, el presente reglamento, y las disposiciones específicas que emita el OSIPTEL, será sancionado por este último aun cuando el infractor no sea un Operador de Telecomunicaciones”.

⁶ ENEL se reserva el derecho de cuestionar por la vía correspondiente la legalidad del Mandato.

IV. ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES

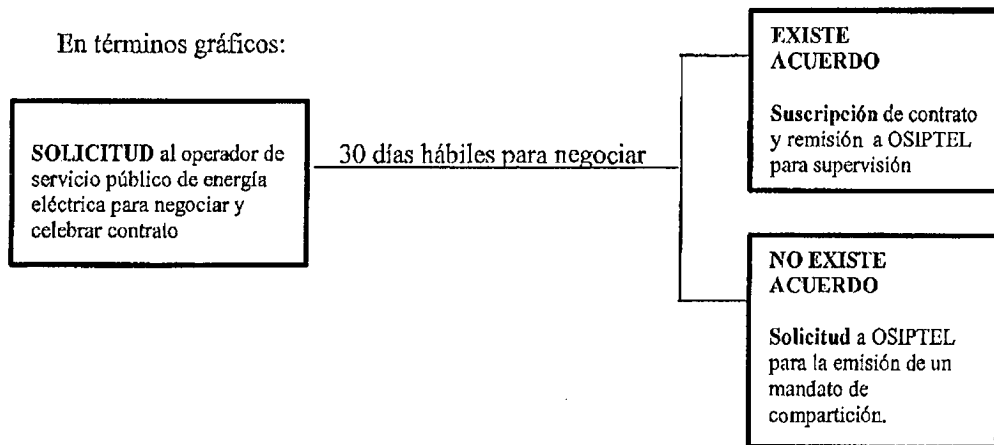
A) Principios involucrados

1. Esta es una controversia que involucra dos principios fundamentales del sistema legal: (i) el principio de obligatoriedad de los contratos recogido en el art. 1361 del CC; y, (ii) el principio de buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos recogido en el art. 1362 del CC.
2. El principio de obligatoriedad de los contratos exige a las partes cumplir con lo pactado.
3. El principio de buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos exige a las partes adoptar un comportamiento racional, que se ajuste a las reglas de corrección.

B) Regulación aplicable al Contrato

4. La Ley y el Reglamento declaran de interés y necesidad pública la promoción de la construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, que integre a todas las capitales de las provincias del país.
5. Para poder realizar el despliegue de la Red de Dorsal Nacional de Fibra Óptica, la Ley y el Reglamento establecen que, salvo casos excepcionales, los operadores de servicios públicos de energía eléctrica tienen la obligación de brindar a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones (“Concesionarios”) el acceso a su infraestructura, a efectos de que la usen para desplegar redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha⁷.
6. El art. 25 del Reglamento establece los dos mecanismos que tienen los Concesionarios para lograr el acceso a la infraestructura de los operadores de servicios públicos de energía eléctrica, a saber: (i) negociar y celebrar un contrato de compartición de infraestructura eléctrica; y, (ii) solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato.

En términos gráficos:



⁷ “Art. 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 (...)”

7. Los mecanismos antes indicados no son alternativos. El Concesionario primero tiene que solicitar al operador del servicio público de energía eléctrica la negociación y celebración de un contrato de compartición de infraestructura eléctrica. Solo si en el plazo previsto por el Reglamento no se celebra tal contrato, el Concesionario puede solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato.
8. La Ley y el Reglamento establecen que, por el acceso y uso de la infraestructura de los operadores de servicios públicos de energía eléctrica, los Concesionarios deben pagar una retribución económica que se compone de (i) una contraprestación inicial única y (ii) contraprestaciones periódicas.
9. De conformidad con lo dispuesto por el art. 13.4 (b) de la Ley y por el art. 30 del Reglamento:
 - La contraprestación inicial única considera la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para permitir el uso de su infraestructura.
 - Las contraprestaciones periódicas remuneran la operación y mantenimiento de la referida infraestructura, incluido un margen de utilidad razonable.
10. Asimismo, de conformidad con el art. 30 del Reglamento, las dos (2) contraprestaciones (es decir, la inicial única y las periódicas) deben ser fijadas en función de la Fórmula, que fija "precios máximos". La Fórmula inicial consta en el Anexo 1 del Reglamento.

C) Sucesión de actos en el tiempo

11. En función del marco legal descrito, ENEL y AZTECA negociamos y suscribimos el Contrato. Las partes logramos adoptar acuerdos sobre todos y cada uno de los aspectos del acceso a la infraestructura de ENEL. En las negociaciones no intervino OSIPTEL.
12. En virtud del Contrato, concedimos a AZTECA el derecho de acceder y usar nuestra infraestructura de distribución de energía eléctrica. En contraprestación, AZTECA se obligó a pagarnos la Retribución.
13. El Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

«(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales»
(Énfasis agregado).

Como se podrá advertir, las partes reconocimos que la Retribución fue pactada en función de los criterios contemplados por las normas imperativas aplicables: la Ley y el Reglamento.

En base al reconocimiento efectuado, las partes establecimos dos reglas:

Primera: la Retribución estará vigente por un periodo mínimo de tres (3) años.

Segunda: la Retribución podrá ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento ("*nuevas condiciones legales*"), siempre y cuando haya vencido el periodo mínimo de tres (3) años.

14. Tal como explicaremos en la Sección VI, las reglas antes citadas generan tres consecuencias:

Primero: si se produce un cambio normativo que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año, ninguna de las partes debe trasladar ese cambio a la relación contractual; salvo que esto suponga contravenir una disposición imperativa.

Segundo: si se produce un cambio en las normas que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año y una parte traslada ese cambio a la relación contractual sin que exista una disposición imperativa que exija tal cosa, entonces la otra parte tiene derecho a ser indemnizada.

Tercero: si se produce un cambio en las normas que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año y una parte traslada ese cambio a la relación contractual en base a una disposición imperativa, entonces la otra parte tiene derecho a ser compensada.

15. El Contrato fue celebrado el 9 de noviembre de 2015; por lo tanto, el plazo de tres (3) años que las partes pactamos vence el 9 de noviembre de 2018. Recién a partir de esa fecha los cambios normativos podían generar la necesidad de modificar la Retribución.
16. La Resolución Viceministerial fue emitida antes de que transcurriese el plazo de tres (3) años antes indicado. AZTECA, en consecuencia, debió esperar que este plazo venza para trasladar al Contrato los cambios establecidos por la referida resolución.
17. A pesar de no estar legalmente obligada a aplicar de inmediato lo dispuesto por la Resolución Viceministerial, AZTECA decidió presentar la Solicitud de Mandato y trasladar al Contrato lo dispuesto en la referida resolución. AZTECA, por lo tanto, vulneró un pacto contractual: no trasladar al Contrato los cambios normativos antes de que venza el plazo de tres (3) años. Por tal razón, ENEL tiene derecho a exigir el pago de una indemnización.
18. AZTECA nunca indicó a ENEL que estaba legalmente obligada a aplicar de inmediato lo dispuesto por la Resolución Viceministerial. Pero aun si efectivamente hubiese estado legalmente obligada a aplicar de inmediato lo dispuesto en la referida resolución, ENEL tendría derecho a exigir el pago de una compensación, en la medida en que, como lo explicaremos en la Sección VI, el pacto contenido en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato otorga una cobertura económica a ambas partes contra las modificaciones de la Retribución que, por mandato imperativo, se produzcan antes del vencimiento del plazo de tres (3) años.

D) Resolución Viceministerial y Mandato

19. El Anexo I del Reglamento establece la siguiente metodología para fijar el "monto máximo" de la contraprestación a ser pagada por los Concesionarios:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+im)$$

Donde: *RM* = remuneración mensual; *Imp* = impuestos municipales adicionales (si los hubiere); *Omc* = costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición; *B* = factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios; *im* = la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

El referido anexo precisa, además, que para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde: *f* = 20% para Baja Tensión y 6.1% para Media y Alta Tensión; *OMs* = Costo mensual OPEX sin compartición.

El factor *OMs*, según el anexo indicado, se calcula de la siguiente forma:

Formulación de OMs	Tipo de Línea Eléctrica
$OMs = l / 12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h / 12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

Donde: *BT* = base total de cálculo de la infraestructura eléctrica; *l* = 7.2% para Baja Tensión; *h* = 13.4% para Media o Alta Tensión

El factor *BT*, según el anexo indicado, se calcula de la siguiente forma:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde: *TP* = costo de las torres o postes regulados del sector energía; *m* = 77% Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros.

20. La Resolución Viceministrial establece una modificación de las variables "*m*" y "*f*". De acuerdo con dicha modificación, para el caso de las líneas de transmisión eléctrica de media y alta tensión, "*f*" y "*m*" equivalen a 18.3% y 84.3%, respectivamente.

En términos comparativos:

Anexo de la Ley	Modificación
" <i>f</i> " = 20%	" <i>f</i> " = 20% para Baja Tensión " <i>f</i> " = 18.3% para Media y Alta Tensión
" <i>m</i> " = 77%	" <i>m</i> " = 77% para Baja Tensión " <i>m</i> " = 84.3% para Media y Alta Tensión

21. La Resolución Viceministrial no establece que los contratos celebrados válidamente al amparo del texto inicial Reglamento deben ser adecuados, a efectos de que reflejen la modificación de las variables "*m*" y "*f*".

22. No obstante ello, el Mandato establece que el Contrato debe adecuarse a la Resolución Viceministerial. Por tal razón, el Mandato modifica el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato en las siguientes condiciones:

1.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta- Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Por el acceso y uso de la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinada en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo N° 1- Condiciones Económicas- del presente contrato."

Como se podrá advertir, el nuevo texto del Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato suprime las dos reglas que las partes establecimos sobre la Retribución acordada:

- (i) La Retribución estará vigente por un periodo mínimo de tres (3) años.
 - (ii) La Retribución podrá ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento ("*nuevas condiciones legales*"), siempre y cuando haya vencido el periodo mínimo de tres (3) años.
23. El Mandato, sin embargo, no es retroactivo. En efecto, la Resolución OSIPTEL establece lo siguiente:

Artículo 1.- Aprobar el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; contenido en el Informe N° 00057-GPRC/2018.

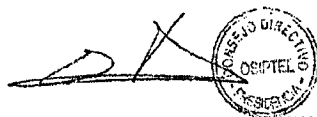
Artículo 2.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Asimismo, se encarga a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para notificar la presente resolución y el Informe N° 00057-GPRC/2018, con sus anexos, a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.; así como publicarlos en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: <http://www.osiptel.gob.pe>).

Artículo 3.- El Mandato de Compartición de Infraestructura que se dicta mediante la presente resolución entra en vigencia al día siguiente de su notificación.

Artículo 4.- El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Mandato de Compartición de Infraestructura que se dicta mediante la presente resolución, constituye infracción grave, de conformidad con lo establecido en el numeral 10 del cuadro de infracciones y sanciones, del artículo 62 del Reglamento de la Ley N° 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

Regístrese, comuníquese y publíquese,



RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

Como se podrá advertir, el art. 3 de la Resolución OSIPTEL establece que el Mandato entra en vigencia al día siguiente de su notificación. Esto supone, entre otras cosas, que la supresión de las dos reglas antes indicadas solo se produce al día siguiente de la notificación del Mandato a las partes.

V. NORMAS LEGALES APLICABLES AL CASO

A) Art.1361 del CC

1. El art. 1361 del CC establece lo siguiente:

«Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla»
(Énfasis agregado)

Sin esta norma, no existirían incentivos suficientes para celebrar contratos. Sin contratos, los mercados no podrían operar.

2. El principio de obligatoriedad de los contratos, tal como está contemplado por la norma citada, está sujeto a ciertas excepciones. Si, por ejemplo, una de las prestaciones se torna excesivamente onerosa, el juez puede modificar la contraprestación o dejar sin efecto el contrato.
3. Las excepciones al principio citado son eso: excepciones. La regla general exige ejecutar los contratos en los términos pactados. Por tal razón, uno de los criterios fundamentales de interpretación de los contratos exige preferir la interpretación que otorga a las cláusulas algún efecto frente a la interpretación que priva a las cláusulas de todo efecto⁸.

B) Arts. 168 y 1362 del CC

4. El art. 168 del Código Civil establece lo siguiente:

«El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe»
(Énfasis agregado)

Por su parte, el art. 1362 del Código Civil establece lo siguiente:

«Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe»
(Énfasis agregado)

5. ¿Por qué la ley recurre a la buena fe para interpretar y ejecutar los contratos?

Los contratos suelen ser incompletos⁹, pues las partes difícilmente logran contemplar todas las situaciones que pueden producirse durante la etapa de ejecución de sus acuerdos¹⁰.

⁸ “(...) si la cláusula que ha de interpretarse es ambigua y su tenor es tal que una de las posibles interpretaciones comportaría una valoración de invalidez radical, con lo que se la privaría de toda vinculatoriedad a nivel jurídico, el juez debe optar por la interpretación que salvaguarde alguna relevancia jurídica del acuerdo; o sea que debe interpretar la cláusula singular en el sentido en que tendría algún efecto, y no en aquel segundo en el que no tendría ninguno”. Ver: BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco D. BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Derecho Civil*. Traducido por Fernando Hínestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1992. Tomo I. Vol. 2. p. 983.

⁹ “An aspect of contractual practice that will be seen to be of considerable importance is that contracts are significantly incomplete. Contracts typically omit all manner of variables and contingencies that are of potential relevance to contractual parties”. Ver: SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. London – Cambridge. The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. p. 299.

¹⁰ Ello básicamente porque la anticipación y negociación de todas las situaciones posibles es altamente costosa.

Los contratos, por otro, lado suelen ser susceptibles de diferentes interpretaciones¹¹, pues las partes difícilmente omiten el uso de palabras o términos con múltiples significados.

A través de la aplicación del principio de buena fe, la ley permite:

- (i) que el intérprete, enfrentado a diversos sentidos, opte por uno de ellos; y,
- (ii) que el intérprete, enfrentado a vacíos, construya una regulación acorde con el sentido del contrato¹².

6. ¿Qué supone la buena fe?

La buena fe supone actuar con corrección¹³, esto es, actuar en función de lo que personas razonables esperarían en una transacción determinada, tomando en consideración las circunstancias del caso¹⁴.

En base a la buena fe se debe atender al significado de la letra del contrato sobre la base de las expectativas razonables de las partes¹⁵.

Para determinar las referidas expectativas, el principio de buena fe obliga al intérprete a considerar no solo el contenido del contrato (p.e. las cláusulas del documento contractual) sino además el contexto en el que éste fue celebrado así como el comportamiento integral que las partes han tenido durante el *iter* contractual¹⁶.

¹¹ "La ragione dell'interpretazione -la sua necessità- sta prima di tutto nel fatto che i segni usati dai contraenti (principalmente le loro parole, pronunciate o scritte) possono essere oscuri o ambigui: possono non esprimere alcun significato immediatamente percepibile; oppure esprimere due o più significati possibili, diverso fra loro (espressioni polisense); fino all'estremo dell'antinomia, quando una proposizione del testo esprime un significato e un'altra esprime un significato opposto o comunque incompatibile". Ver: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2001. p. 465.

¹² "The good faith performance doctrine establishes a standard for contract interpretation and a covenant that is implied in every contract. The good faith question often arises because a contract is an exchange expressed imperfectly and projected into an uncertain future. Contract parties rely on the good faith of their exchange partners because detailed planning may be ineffectual or inadvisable. Therefore, express contract terms alone are insufficient to determine a party's good faith in performance". Ver: BURTON, Steven. *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*. Perspectives on Contract Law (Randy Barnett Ed.). New York. Aspen Publishers. 2005. p. 317.

¹³ "La regola sull'esecuzione secondo buona fede da base al ruolo di questa come fonte d'integrazione (...) buona fede (oggettiva) è sostanzialmente sinonimo di correttezza (...) Correttezza è solo una delle espressioni impiegate per spiegare il significato di buona fede. Ma se ne propongono altre: lealtà, cooperazione con controparte, sensibilità alle sue ragioni, salvaguardia dei suoi interessi" (énfasis agregado). Ver: ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.* p. 493.

¹⁴ "The general definition of good faith (...) is honesty in fact in the conduct or transaction (...) However, in addition to this general standard (...) a merchant is held to a higher standard that includes not only 'honesty in fact' but also 'the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade'. That is, a merchant is subject to both a subjective and an objective standard" (énfasis agregado). Ver: BLUM, Brian. *Contracts*. New York: Aspen Publishers. 2004. p. 169.

¹⁵ "La buona fede emerge allora come primario criterio di interpretazione soggettiva del contratto. In applicazione di tale criterio l'interprete deve adeguare l'interpretazione del contratto al significato sul quale le parti -in relazione alle concrete circostanze- potevano e dovevano fare ragionevole affidamento. In termini negativi la buona fede vieta, in particolare, interpretazioni cavillose in contrasto con la causa del contratto o con lo spirito dell'intesa; ovvero basate su espressioni letterali inserite o aggiunte per un errore materiale al testo concordato; ovvero basate su espressioni letterali facenti parte del testo concordato ma non rispondenti all'intesa raggiunta" (énfasis agregado). Ver: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1984. Vol. III. p. 394-395.

¹⁶ "Una ulteriore considerazione è da fare. Si tratta di stabilire, proprio al fine di indagare la comune intenzione delle parti e il senso di esse, quale sia, come si dice, gli elementi o il materiale da prendere in considerazione. Tra tali elementi non primeggiano soltanto le parole o gli scritti adoperati ma anche i comportamenti che hanno preceduto o seguito la conclusione del contratto" (énfasis agregado). DI

El principio de buena fe, en consecuencia, constituye una herramienta que la ley pone en manos del intérprete para evitar comportamientos oportunistas, aun cuando los mismos estén amparados en una lectura textual del contrato¹⁷.

C) Art. 1321 del CC

7. El art. 1321 del CC establece lo siguiente:

«Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída»

(Énfasis agregado)

MAJO, Adolfo. *Interpretazione del Contratto*. Istituzioni di Diritto Privato (a cura di Mario Bessone). Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 674.

¹⁷ “A rather different conceptualization of good faith is that developed by law-and economics scholars. Under this view, the obligation of good faith is considered an implied contractual term that prohibits opportunistic behavior. The latter occurs when a party “behaves contrary to the ... [counterparty’s] understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth” from the counterparty to the opportunistic one. Rational actors, however, anticipate such a risk and draft contracts that prevent parties from acting opportunistically. Still, contractual specification is costly and time-consuming. Furthermore, contracts are ontologically incomplete so that no matter the level of specification of their agreement, parties are not able to foresee all possible opportunistic behaviors. Under this approach, the implied obligation of good faith serves efficiency by establishing a general prohibition against acting opportunistically that is automatically incorporated in every contract. It saves parties the cost (and the difficulty) of expressly bargaining for specific contractual provisions against the risk of opportunistic behavior” (énfasis agregado). Ver: SEPE, Simone. *Good Faith And Contract Interpretation: A Law And Economics Perspective*. Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper No. 42/05.2010. pp. 18-19. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086323 (última visita: 01-07-2016).

VI. NORMAS CONTRACTUALES APLICABLES AL CASO

A) Riesgos legales en los contratos de ejecución continuada

1. Las transacciones contractuales, en general, y las vinculadas al mundo de los negocios, en particular, están sometidas a una multiplicidad de riesgos. Desde el momento mismo en que las partes toman contacto para negociar hasta el momento en que deben cumplir sus compromisos contractuales, las partes se encuentran expuestas a una multiplicidad de riesgos.
2. En la etapa de negociación se presenta un riesgo que emana de la asimetría informativa: el riesgo de ocultamiento de información ("*hidden information risk*"). La parte que posee más información puede actuar de forma deshonesta y no revelar a la otra la existencia de una contingencia que afecta el valor de mercado del activo subyacente objeto de la negociación. La otra parte puede descubrir la existencia de ese aspecto demasiado tarde, cuando ya adquirió el activo a un precio mayor al que habría pagado de haber estado consciente de la contingencia.
3. En la etapa de ejecución se presenta una amplia gama de riesgos. Algunos afectan a la contraparte: riesgo de incumplimiento, riesgo de sobre-endeudamiento, riesgo de pérdida de ingresos, riesgo de insolvencia. Otros afectan al activo subyacente de la transacción: riesgo de pérdida de valor, riesgo de contingencias ocultas. Otros afectan al entorno: riesgo de cambios legales, riesgo de cambios en los mercados relevantes, riesgo de cambios en los precios de las monedas.
4. El sistema legal enfrenta el problema del riesgo de dos formas: en algunos casos establece incentivos para reducir los riesgos y en otros casos asigna los riesgos a una de las partes. Las normas que obligan a las partes a actuar de buena fe¹⁸ generan incentivos para reducir el riesgo de selección adversa¹⁹. Las normas que obligan a las partes a ejecutar los contratos en los términos pactados, salvo que se presente un supuesto de excesiva onerosidad, asignan el riesgo de la fluctuación del valor de mercado del activo subyacente a cada una de las partes: la que vende toma el riesgo de que el valor de mercado se aprecie y la que compra toma el riesgo de que el valor de mercado se deprecie²⁰.
5. El sistema legal permite a las partes establecer sus propias reglas de cobertura para reducir o eliminar los diversos riesgos que las afectan. Al hacerlo, las partes pueden modificar o incluso suprimir las reglas legales aplicables a tales riesgos.
6. En la contratación corporativa el riesgo de cambios legales es uno de los riesgos que las partes suelen reducir o eliminar mediante la inclusión de diversas cláusulas de cobertura. La "cláusula de *gross-up*" representa un caso típico de cobertura contractual contra el referido riesgo.

¹⁸ Art. 1362 del CC.

¹⁹ Si *A* omite informar a *B* cierto defecto del activo objeto de la negociación, *B* podrá emplear defensas y remedios que protejan sus intereses una vez celebrado el contrato y descubierto el defecto del activo. En aplicación del art. 212 del CC, *B* podrá anular el contrato por dolo omisivo y exigir el pago de una indemnización.

²⁰ Si *C* y *D* acuerdan que *C* pagará \$100 a *D* por el activo *X* en el momento $T+10$, *C* no podrá excusarse de ejecutar el contrato si el valor de mercado del activo *X* es \$80 en dicho momento. No obstante, si el valor de mercado del activo *X* es \$20 en $T+10$, *C* podrá solicitar la modificación del precio o la resolución del contrato en la medida en que demuestre que la depreciación "excesiva" del valor del mercado del activo *X* es consecuencia de un evento extraordinario e imprevisible. En tal caso, *D* deberá asumir las consecuencias de dicha depreciación.

En operaciones de financiamiento internacional existe el riesgo de que las leyes del domicilio del deudor graven con algún impuesto los intereses obtenidos por el acreedor. Usualmente, el acreedor no desea asumir ese riesgo, por tal razón pacta con el deudor que si las normas imponen algún impuesto que afecte al acreedor, el deudor debe **incrementar** el monto a ser pagado, de forma tal que el efecto económico del impuesto quede eliminado.

Esta es una cláusula comúnmente utilizada en contratos de financiamiento de entidades locales con acreedores no domiciliados en el Perú:

«Any and all payments by or on account of any obligation of the Borrower hereunder shall be made free and clear of and without deduction for any Peruvian Taxes or Other Taxes; provided, that if the Borrower shall be required to deduct any Peruvian Taxes or Other Taxes from such payments, then (i) the sum payable shall be increased as necessary so that after making all required deductions (including deductions applicable to additional sums payable under this Section), the Lenders receive an amount equal to the sum it would have received had no such deductions been made, (ii) the Borrower shall make such deductions and (iii) the Borrower shall pay the full amount deducted to the relevant governmental authority in accordance with applicable law»
(Énfasis agregado)

Como se podrá advertir, la cláusula glosada dispone que si el deudor (*Borrower*) está obligado a efectuar deducciones por concepto de impuestos, entonces la suma objeto de la obligación debe ser incrementada de modo tal que los acreedores (*Lenders*) reciban la misma cantidad que hubiesen recibido en caso que los impuestos no hubiesen existido.

7. El Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato contiene un pacto similar al contenido en la “cláusula de *gross-up*”. Dicho pacto fue diseñado para generar una cobertura contra un riesgo legal específico: el incremento o la reducción de la Retribución por cambios normativos.

B) Cláusula Cuarta del Contrato

7. El Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

«(1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente Contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales»
(Énfasis agregado).

Como indicamos, en virtud de este numeral las partes reconocimos que la Retribución fue pactada en función de los criterios contemplados por las normas imperativas aplicables: la Ley y el Reglamento.

Adicionalmente, en virtud de este numeral las partes adoptamos libremente dos reglas:

Primera regla: la Retribución tiene un periodo de vigencia “mínimo” de tres (3) años.

Segunda regla: la Retribución puede ser modificada en base a los cambios futuros de la Ley y/o del Reglamento (“*nuevas condiciones legales*”), siempre que haya vencido el periodo de tres (3) años.

Las partes, como es evidente, conocíamos la regulación aplicable. En efecto:

- (i) En primer lugar, conocíamos que si no celebrábamos el Contrato, el regulador podía emitir un mandato y obligar (i) a ENEL a compartir su infraestructura; y, (ii) a AZTECA a pagar una retribución.
- (ii) En segundo lugar, conocíamos que en cualquier momento la Fórmula podía ser modificada por una simple resolución viceministerial.

Si este era el contexto legal, ¿por qué razón las partes pactamos una Retribución por un plazo mínimo de tres (3) años? ¿Por qué razón las partes acordamos que “las nuevas condiciones legales” solo podían justificar la revisión de la Retribución una vez transcurrido el plazo en cuestión?

9. La respuesta a estas preguntas es obvia: las partes adoptamos las dos reglas antes citadas porque, de forma libre y voluntaria, no quisimos someternos, durante el plazo de (3) años, a un riesgo legal específico: modificación normativa que afecte la Retribución. La manera que las partes encontramos para eliminar temporalmente ese riesgo fue incluir el siguiente pacto (“Pacto”):

«(...) El monto de la referida retribución (...) tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato (...) Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales»
(Énfasis agregado)

10. Aunque parezca inverosímil, el Pacto recoge el texto propuesto por la propia AZTECA.

En efecto, nuestra propuesta inicial consistía en lo siguiente:

Primero: la retribución acordada estaría vigente por un plazo de tres (años).

Segundo: luego del transcurso del plazo indicado, las partes renegociaríamos esa retribución en función de las condiciones de mercado.

AZTECA estuvo de acuerdo con la idea de mantener la retribución acordada por el plazo de tres (3) años; mas no con la idea de renegociar tal retribución (una vez transcurrido dicho plazo) en función de las condiciones de mercado. AZTECA consideraba que la renegociación de la retribución (una vez transcurrido el plazo de tres (3) años) debía efectuarse en función de los cambios legales que se hubieran implementado. Por esta razón, AZTECA envió a ENEL una contrapropuesta que consistía en lo siguiente:

Primero: la retribución acordada estaría vigente por un plazo de tres (años).

Segundo: luego del transcurso de ese plazo, las partes renegociaríamos esa retribución en función de las nuevas condiciones legales.

La contrapropuesta de AZTECA fue aceptada por ENEL.

Los siguientes correos que cursamos las partes demuestran lo que acabamos de indicar (Anexos 2-A y 2-B de la presente demanda):

«De: jamontes@azteca-comunicaciones.com
Fecha: 05/11/2015 10:38 (GMT-05:00)
A: "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR"
CC: "Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR", "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR", "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR"
mherrera@azteca-comunicaciones.com, Fguzman@redesopticas.com.pe,
jholz@azteca-comunicaciones.com

Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado Mauro, muchas gracias por su correo. Hemos procedido con la revisión del contrato y estamos de acuerdo con el mismo, el único cambio que tenemos se refiere al primer numeral de la cláusula cuarta, la misma que hemos ajustado para reflejar nuestro planteamiento.

Como lo conversamos hace instantes, es indispensable señalar que los precios acordados han sido determinados en cumplimiento de la normativa legal vigente (todos los contratos que suscribimos con las empresas eléctricas en calidad de concesionarios de la Red Dorsal Nacional son auditados por el estado). Asimismo, y en esa misma línea, no es factible para Azteca estipular que dichos precios quedarán libres y sujetos a una nueva negociación comercial luego de los primeros 3 años de vigencia del contrato. Buscando atender su preocupación **estamos dispuestos a acceder que los precios acordados se mantengan inalterados por los tres primeros años, siendo materia de revisión a partir del 4 año pero en función a los cambios que, de ser el caso, se hayan implementados en el marco legal.**

Con su aprobación al tener de este numeral 1 de la cláusula cuarta estaríamos listos para proceder con impresión y firmas.

Quedamos a la espera de su confirmación y definición de pasos a seguir.

Finalmente, conforme a lo coordinado telefónicamente quedamos a la espera de su confirmación respecto de la reunión de nuestros equipos técnicos para mañana.

Saludos,

Pepe»

(Énfasis agregado)

«Para: "jamontes@azteca-comunicaciones.com" <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
De: "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.leon@enel.com>
Fecha: 05/11/2015 15:54
Cc: "Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR" <fiorella.robles@enel.com>, "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR" <maria.matto@enel.com>, "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR" <soraya.ahomed@enel.com>, "mherrera@azteca-comunicaciones.com" <mherrera@azteca-comunicaciones.com>, "Fguzman@redesopticas.com.pe" <Fguzman@redesopticas.com.pe>, "jholz@azteca-comunicaciones.com" <jholz@azteca-comunicaciones.com>
Asunto: RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado José,

Aceptamos que luego de los 3 años de renta mensual estable, se actualice según la normativa. Adicionalmente, concordamos en colocar que la renta mensual pactada fue calculada la fórmula del reglamento de la Ley 29904. Se envía el contrato con los últimos ajustes de formato, no hemos modificado el contenido de las cláusulas (se agregó última página en el archivo para el firmado al final de los tres anexos).

Esta versión del contrato es la que se imprimirá y se visará por parte del área Legal de Edelnor. Una vez concluido esto, te haremos llegar el contrato para el visado y firma de Azteca, para luego ser firmado por representantes de Edelnor.

Dado que se ha llegado a un acuerdo entre ambas partes, necesitamos a la brevedad los planos que solicitamos en correo anterior y reunimos el día lunes 09 por la tarde (proponemos 3:00pm) para las coordinaciones operativas. En la reunión estará presente el contratista adjudicado para la instalación y representantes que gestionarán la factibilidad y supervisión.

Los trabajos de factibilidad iniciarán el miércoles 11 de noviembre. Y la instalación iniciará luego de concluir con la entrega del material a almacenes de nuestra empresa contratista EZENTIS.

Agradeceremos confirmación de la reunión de coordinación del día lunes para agendar a los asistentes por parte de EDELNOR.

Saludos,

Mauro León»

(Énfasis agregado)

Es importante indicar que el Sr. Jose Montes de Peralta, representante de AZTECA que envió la contrapropuesta a ENEL, era nada menos que el Director Jurídico de AZTECA.

11. A la luz de la regulación vigente, los hechos que podían producir una modificación normativa que afectase a la Retribución eran los siguientes:

(i) Aprobación de una resolución viceministerial;

(ii) Emisión de un mandato de OSIPTEL; y,

(iii) Modificación del régimen regulatorio vigente al momento de la celebración del Contrato.

Por lo tanto, el Pacto debía proteger a ambas partes contra todos esos hechos; en especial, contra la aprobación de una resolución viceministerial que modificara la Fórmula y la emisión de un mandato de OSIPTEL que modificara la Retribución, en la medida en que eran previsibles de acuerdo con la regulación vigente al momento de la celebración del Contrato.

12. ¿Cuál es la consecuencia del pacto acordado por AZTECA y ENEL?

Primero: si se produce un cambio normativo que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año, ninguna de las partes debe trasladar ese cambio a la relación contractual; salvo que esto suponga contravenir una disposición imperativa.

Segundo: si se produce un cambio en las normas que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año y una parte traslada ese cambio a la relación contractual sin que exista una disposición imperativa que exija tal cosa, entonces la otra parte tiene derecho a ser indemnizada.

Tercero: si se produce un cambio en las normas que genera la modificación de la Retribución antes del vencimiento del tercer año y una parte traslada ese cambio a la relación contractual en base a una disposición imperativa, entonces la otra parte tiene derecho a ser compensada.

Esta es la única forma de entender y aplicar, de buena fe, el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

13. El Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato genera, pues, dos efectos:

Primero: impone a las partes una obligación de no hacer: abstenerse de aplicar los cambios normativos que modifican la Retribución durante el plazo de tres (3) años ("Obligación de No Hacer")

Segundo: otorga a las partes un derecho: a exigir el pago de una compensación económica por los cambios normativos que modifiquen la Retribución si es que tales cambios deben, por exigencia de una norma imperativa, trasladarse a la relación contractual antes del vencimiento del plazo de tres (3) años ("Derecho a ser Compensado").

C) Irrelevancia del Mandato

14. El Mandato, como es evidente, no declara la nulidad de la Obligación de No Hacer ni la Nulidad del Derecho a ser Compensado. En efecto, no existe disposición alguna contenida en el Mandato que declare la nulidad (o la invalidez en general) del Pacto.

Por el contrario, el art. 3 de la Resolución OSIPTEL establece expresamente que:

«El Mandato de Participación de Infraestructura que se dicta mediante la presente resolución entra en vigencia el día siguiente de su notificación»
(Énfasis agregado).

En consecuencia, es incuestionable que el Mandato reconoce que el Pacto estuvo vigente, cuando menos, desde la celebración del Contrato hasta el día de la notificación del Mandato.

15. Si el Pacto, que genera la Obligación de No Hacer y el Derecho a ser Compensado, estuvo vigente, cuando menos, hasta el día de la notificación del Mandato, entonces:
- (i) la referida obligación existía en el momento en que AZTECA presentó la Solicitud de Mandato; y,
 - (ii) el referido derecho existía en el momento en que AZTECA presentó la Solicitud de Mandato.
16. El Mandato, ciertamente, modifica el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato. La nueva versión de ese numeral no contiene el Pacto. Esto, sin embargo, resulta legalmente irrelevante para los fines de este caso.
17. La Obligación de No Hacer se encontraba vigente en el momento en que AZTECA presentó a OSIPTEL la Solicitud de Mandato. Como explicaremos más adelante, la presentación de la Solicitud de Mandato constituyó un incumplimiento (doloso) de la Obligación de No Hacer. Tal incumplimiento, como es obvio, no quedó eliminado del espectro legal por la modificación del Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato dispuesta por el Mandato, en la medida en que dicha modificación no es retroactiva.
18. De igual modo, el Derecho a ser Compensado se encontraba vigente en el momento en que OSIPTEL emitió el Mandato. Como explicaremos más adelante, la emisión del Mandato activó el supuesto de hecho para que el referido derecho fuese exigible.

19. En consecuencia, la modificación del Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato dispuesta por el Mandato no implica:

- (i) la eliminación del incumplimiento de la Obligación de No Hacer;
- (ii) ni la supresión del Derecho a ser Compensado.

VII. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

A) Comportamiento debido

1. Con la finalidad de mitigar el riesgo legal que genere un incremento o una reducción en la Retribución, las partes acordamos lo siguiente:

«(...) El monto de la referida retribución (...) tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato (...) Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisaran los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales»
(Énfasis agregado).

2. Tal como hemos indicado en la Sección VI, el Pacto genera ciertas consecuencias. Una de ellas es la Obligación de No Hacer, consistente en no implementar los cambios dispuestos por la Resolución Viceministerial antes de que se cumpla el plazo de tres (3) años.
3. La existencia de esta obligación es consecuencia de aplicar al Contrato lo dispuesto en los arts. 168 y 1362 del CC.

En efecto, estos artículos establecen que los contratos se interpretan de buena fe. La buena fe supone actuar con corrección, esto es, actuar en función de lo que personas razonables esperarían en una transacción determinada, tomando en consideración las circunstancias del caso.

4. Las partes acordamos que “luego del vencimiento del periodo de tres años” revisaríamos el monto de la Retribución pactada “de acuerdo con las nuevas condiciones legales”. Si esas nuevas condiciones surgen antes del vencimiento del plazo en cuestión, ¿qué esperaríamos una parte razonable? ¿Cómo debería actuar una parte correcta?

Una parte razonable esperaría, como es obvio, que la otra parte no haga valer esas nuevas condiciones antes del vencimiento del plazo pactado. Por otro lado, una parte correcta, como es obvio, tendría que evitar hacer valer esas condiciones antes del vencimiento del plazo pactado.

5. En virtud de los arts. 168 y 1362 del CC, AZTECA tenía la obligación de no aplicar de inmediato lo dispuesto en la Resolución Viceministerial, pues aún no había transcurrido el plazo de tres (3) años.

B) Incumplimiento (doloso)

6. A pesar de que AZTECA tenía la obligación de no aplicar lo dispuesto en la Resolución Viceministerial antes del vencimiento del plazo de tres (3) años, AZTECA presentó la Solicitud de Mandato con el propósito de hacer valer lo dispuesto en la referida resolución²¹.
7. El comportamiento de AZTECA ha sido, pues, contradictorio, contrario a la buena fe. Este comportamiento no puede ser aceptado por una parte racional y correcta. En efecto:

²¹ AZTECA no tenía obligación legal alguna de aplicar de forma inmediata lo dispuesto en la Resolución Viceministerial.

Primero: AZTECA suscribió el Contrato y aceptó de forma explícita lo siguiente:

- (i) la Retribución pactada se mantendrá vigente por un periodo mínimo de tres (3) años; y,
- (ii) los cambios normativos podrán generar ajustes en la Retribución una vez vencido el periodo en cuestión.

Es más, el texto del Pacto fue propuesto por la propia AZTECA.

Luego: presentó la Solicitud de Mandato con el fin de que OSIPTEL modifique la Retribución antes que venza el periodo mínimo de tres (3) años, amparado en un cambio normativo, esto es, en un hecho expresamente contemplado por las partes como "hecho no vinculante" para la modificación de la Retribución durante el periodo indicado.

El comportamiento de AZTECA demuestra la existencia de una intención oportunista, de una intención de tomar ventaja en base a la sorpresa: acepto X; luego incumplió X.

Claramente ese comportamiento defraudaría las expectativas de cualquier persona razonable. Ni ENEL ni alguna otra empresa sería habria suscrito el Contrato de haber sabido que AZTECA rechazaría lo que expresa y voluntariamente aceptó: no modificar la Retribución durante los tres (3) primeros años, aun cuando existan cambios normativos.

8. La presentación de la Solicitud de Mandato constituyó un incumplimiento (doloso) de la Obligación de No Hacer. Ese incumplimiento generó daños a ENEL. Estos daños están representados por la diferencia entre la Retribución pactada en el Contrato y la Retribución impuesta en el Mandato. Esta diferencia asciende a la suma de S/ 1'276,479.00, de acuerdo con el siguiente cálculo²²:

$$RC \times 9 \text{ meses} = S/ 1'490,253.00$$

$$RM \times 9 \text{ meses} = S/ 213,774.00$$

$$RC - RM = S/ 1'276,479.00$$

Donde: *RC* = Retribución mensual pactada en el Contrato; *RM* = Retribución ordenada por el Mandato

9. El art. 1321 del CC establece que el deudor que incumple la obligación debe resarcir el daño emergente y el lucro cesante, en la medida en que sean consecuencia directa e inmediata.
10. El Mandato no fue emitido de oficio; fue emitido a solicitud de AZTECA. Si esta última no hubiese presentado la Solicitud de Mandato, OSIPTEL no habría emitido el Mandato. Por lo tanto, la presentación de la Solicitud del Mandato es la causa directa e inmediata de la emisión del Mandato y de la reducción de la Retribución.
11. Siendo la presentación de la Solicitud del Mandato la causa inmediata y directa de la reducción de la Retribución, AZTECA debe indemnizar a ENEL el daño que supone esa reducción.

²² El cálculo considera nueve (9) meses en la medida en que desde el mes en el que el Mandato entra en vigencia hasta el mes en que vence el plazo original de los tres existen nueve (9) meses.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

A) Regla de cobertura

1. Como hemos indicado precedentemente, AZTECA no tenía obligación legal alguna de aplicar de forma inmediata lo dispuesto en la Resolución Viceministerial. Sin embargo, en el supuesto que, por alguna razón que no compartimos, se considere que AZTECA tenía la obligación legal de aplicar de forma inmediata lo dispuesto en la Resolución Viceministerial, entonces AZTECA habría tenido una causa justa para incumplir la Obligación de No Hacer. En este escenario, ENEL estaría legitimada para ejercer su Derecho a la Compensación.
2. En efecto, tal como lo explicamos en la Sección VI, el Pacto genera, entre otras consecuencias, el derecho a recibir una compensación en caso que, por mandato de una norma imperativa o por disposición de una autoridad, las partes estuviésemos obligadas a aplicar un cambio normativo antes del vencimiento del plazo de tres (3) años.
3. La existencia de este derecho también es consecuencia de aplicar al Contrato lo dispuesto en los arts. 168 y 1362 del CC.

En efecto, ¿qué esperaría una parte razonable si por una causa ajena a su voluntad la Retribución queda modificada antes del vencimiento del plazo pactado? ¿Cómo debería actuar una parte correcta si por una causa ajena a su voluntad la Retribución queda modificada antes del vencimiento del plazo pactado?

Una parte razonable esperaría, como es obvio, que la otra parte elimine el efecto económico de la modificación normativa mediante el pago de una compensación. Por otro lado, una parte correcta, como es obvio, tendría que efectuar el pago de una compensación para eliminar el efecto económico de la modificación normativa.

4. Las conclusiones obtenidas de la aplicación de los arts. 168 y 1362 del CC son consistentes con la función económica del Pacto.

En efecto, el Pacto establece que la Retribución podrá ser modificada en función de las "nuevas condiciones legales" una vez vencido el plazo de tres (3) años. ¿Cuál es la finalidad que las partes perseguimos con este acuerdo? La respuesta es obvia: que AZTECA pague la suma pactada por tres (3) años y que ENEL reciba la suma pactada por tres (3) años. Ningún cambio normativo durante ese periodo debía producir la disminución o el incremento de esa suma. Ambas partes buscamos, pues, estabilidad económica durante tres (3) años.

Las partes conocíamos que los cambios normativos podían presentarse en cualquier momento. Y acordamos no aplicarlos sino hasta después del vencimiento del plazo de tres (3) años. Pero si una autoridad ordena aplicar los cambios en cuestión, la lógica indica que la parte beneficiada compense a la parte afectada; de lo contrario, el Pacto no tendría efecto alguno.

5. Si la función económica del Pacto es generar la estabilidad temporal de la Retribución pactada, es razonable concluir que, ante la ruptura de tal estabilidad, el estado de cosas deseado por ambas partes deba ser restaurado mediante el pago de una compensación. Si la ruptura de la estabilidad antes indicada no genera la

necesidad de que sea restaurada mediante el pago de una compensación, ¿qué utilidad tendría el Pacto?

6. Uno de los principios de interpretación contractual más aceptados indica que los pactos han de ser interpretados en el sentido que produzcan algún efecto²³. Si el Pacto busca la estabilidad temporal de la Retribución, entonces el Pacto requiere realizar el pago de una compensación en caso que la estabilidad indicada sea frustrada por un tercero. Rechazar la necesidad de efectuar el pago en cuestión supone concluir que el estado de cosas deseado por ambas partes, expresado en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato, carece de sentido, de objeto, de utilidad. Evidentemente, esta conclusión es inaceptable a la luz del sentido común y del principio antes indicado.
7. La obligación de pagar una compensación para restaurar el estado de cosas deseado por las partes supone, en este caso, lo siguiente: que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'276,479.00, de acuerdo con el siguiente cálculo²⁴:

$$RC \times 9 \text{ meses} = S/ 1'490,253.00$$

$$RM \times 9 \text{ meses} = S/ 213,774.00$$

$$RC - RM = S/ 1'276,479.00$$

Donde: *RC* = *Retribución mensual pactada en el Contrato*; *RM* = *Retribución ordenada por el Mandato*

B) Activación de la protección

8. El Derecho a ser Compensado, por definición, solo podía ser ejercido en el futuro: en el momento en que una autoridad impusiera, al margen de la voluntad de una o de ambas partes, una Retribución mayor o una Retribución menor.

La modificación de la Retribución (por causas ajenas a la voluntad de ambas partes) constituía, pues, el supuesto de hecho requerido para que la parte afectada por dicha modificación pudiera ejercer el Derecho a ser Compensado.

9. La emisión del Mandato activó la cobertura otorgada por el Derecho a Ser Compensado. En efecto:
 - (i) Al momento de la emisión del Mandato, el Derecho a ser Compensado existía, estaba vigente;
 - (ii) El Mandato redujo la Retribución y, por tanto, alteró la estabilidad económica temporal pactada por las partes;

²³ “La legge preferisce che il contratto sia efficace, anziché privo dei effetti: di qui il criterio della conservazione, per cui “Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non avrebbero alcuno”. Ver: ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.* p. 479. “El fundamento racional del principio de conservación del contrato reside en considerar que el empleo de un instrumento práctico “contrato” por parte de los particulares, tiende siempre a algún resultado útil, que debe ser garantizado siempre que fuera posible, aunque por cualquier razón de índole técnico-jurídica no pudiera, en rigor, lograrse tal resultado (...) El Derecho asume y da por sentado que los contratantes han querido declara su voluntad con la idea de lograr un efecto práctico y un efecto jurídico, dado que nadie se obliga porque sí, sin una razón que lo justifique. Se trata de una regla dictada por la razón, porque en un acto serio como es el contrato, no es dable presumir que se haya querido insertar algo inútil”. Ver: RODRIGUEZ RUSSO, Jorge. *El Principio de Conservación del Contrato como Canon Hermenéutico*. En: *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle* (Editores Delia Revoredo Marsano de Mur y otros). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2013, Tomo I, p. 469.

²⁴ El cálculo considera nueve (9) meses en la medida en que desde el mes en el que el Mandato entra en vigencia hasta el mes en que vence el plazo original de los tres existen nueve (9) meses.

(iii) La alteración de la referida estabilidad económica generó la exigibilidad del Derecho a ser Compensado.

10. El hecho que el Mandato haya suprimido el Pacto (la nueva versión del Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato no lo contiene), en modo alguno afecta la exigibilidad del Derecho a ser Compensado, pues el Mandato no se aplica de forma retroactiva.

En efecto, el Derecho a ser Compensado existía al momento de la emisión del Mandato y tenía como función otorgar cobertura monetaria en tres casos:

- (i) Cuando se apruebe una resolución viceministerial;
- (ii) Cuando se emita un mandato de OSIPTEL; y,
- (iii) Cuando se modifique el régimen regulatorio vigente al momento de la celebración del Contrato.

En consecuencia, la referida cobertura debía activarse en caso que se produzca alguno de los casos indicados.

11. El Mandato generó la supresión del Pacto; esa supresión, sin embargo, no puede eliminar la cobertura pactada por las partes precisamente contra el Mandato, ya que ello supondría aplicar el Mandato de forma retroactiva.

En otras palabras, como quiera el Mandato es uno de los hechos que activa la cobertura compensatoria del Pacto, la emisión del Mandato es causa suficiente para que ENEL pueda ejercer el Derecho a Ser Compensado. La eliminación del Pacto prevista por el Mandato solo puede tener efectos en el futuro: si se produce un nuevo cambio normativo que afecte la Retribución, ni AZTECA ni ENEL se encontrarán cubiertas por el Derecho a Ser Compensado.

IX. CONCLUSIONES

1. AZTECA es una empresa *con experiencia, con conocimiento* del mercado y de las leyes, y *con capacidad financiera*.
2. AZTECA y ENEL negociamos las condiciones del Contrato con pleno conocimiento del régimen legal aplicable. Las negociaciones se llevaron a cabo de forma satisfactoria para ambas partes. No existieron presiones, amenazas, ni hechos que pudieran afectar la libre determinación de las partes.
3. Las partes voluntariamente pactamos que la Retribución tenga un plazo de vigencia mínimo de tres (3) años. Asimismo, las partes voluntariamente pactamos que las "nuevas condiciones legales" solo justificarían una modificación en la Retribución una vez transcurrido el referido plazo. El texto del Pacto fue propuesto por la propia AZTECA.
4. El Pacto (contenido en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato) generó dos consecuencias:
 - (i) **La Obligación de No Hacer.** Esta obligación consiste en abstenerse de aplicar los cambios normativos que impactan en la Retribución durante el plazo de tres (3) años; y,
 - (ii) **El Derecho a ser Compensado.** Este derecho consiste en exigir el pago de una compensación económica por los cambios normativos que impactan en la Retribución si es que tales cambios deben, por exigencia de una norma imperativa, aplicarse antes del vencimiento del plazo de tres (3) años.
5. La Resolución Viceministerial modificó dos variables de la Fórmula en base a la cual AZTECA y ENEL pactamos la Retribución. La Resolución Viceministerial, sin embargo, no estableció que los contratos celebrados con anterioridad a su entregada en vigencia debían ser modificados, a efectos de adecuar las contraprestaciones a las nuevas variables de la Fórmula.
6. Tan pronto fue promulgada la Resolución Viceministerial, AZTECA pretendió modificar la Retribución, a fin de que refleje las nuevas variables de la Fórmula. ENEL consideró que las referidas variables solo podían justificar la modificación de la Retribución una vez que transcurriese el plazo de vigencia mínimo pactado en la Cláusula Cuarta del Contrato.
7. Ante la negativa justificada de ENEL de modificar la Retribución, AZTECA presentó la Solicitud de Mandato. Al momento de la presentación de la referida solicitud, la Obligación de No Hacer estaba vigente.
8. La presentación de la Solicitud de Mandato constituyó un incumplimiento doloso de la Obligación de No Hacer. Por otro lado, la presentación de la referida solicitud fue causa inmediata y directa de la emisión del Mandato que redujo la Retribución. En consecuencia, el daño que genera la reducción de la Retribución ha de ser *indemnizado* por AZTECA.
9. AZTECA no tenía la obligación legal de aplicar de inmediato lo dispuesto en la Resolución Viceministerial. En el supuesto que hubiese tenido tal obligación,

correspondería que AZTECA pague una *compensación* a ENEL, a fin de restaurar la estabilidad económica temporal pactada por las partes.

10. El Mandato suprimió el Pacto. Este hecho, sin embargo, es legalmente irrelevante, pues:
 - (i) La **Obligación de No Hacer** fue incumplida con la presentación de la Solicitud de Mandato, esto es, antes de que se emita el Mandato. Como quiera que el Mandato no es retroactivo, la supresión del Pacto no elimina el incumplimiento de AZTECA.
 - (ii) El **Derecho a ser Compensado** estaba vigente al momento de la emisión del Mandato y otorgaba cobertura justamente contra la emisión del Mandato. La eliminación del Pacto dispuesta por el Mandato no puede anular la cobertura pactada contra el Mandato, pues ello implicaría aplicar retroactivamente el Mandato.

X. MEDIOS PROBATORIOS

Con la finalidad de sustentar los hechos y argumentos expuestos en este escrito, ofrecemos los siguientes medios probatorios:

Copia certificada notarial del e-mail de fecha 05 de noviembre de 2015, a las 10:38 a.m., remitida por el señor José Montes de Peralta, Director Jurídico de AZTECA, a Mauro César León Huarac, funcionario de ENEL. (Anexo 2-A)

Copia certificada notarial del e-mail de fecha 05 de noviembre de 2015, a las 03:54 p.m., remitida por el señor Mauro César León Huarac, funcionario de ENEL, al señor José Montes de Peralta, Director Jurídico de AZTECA. (Anexo 2-B)

El mérito de la copia de la Resolución Viceministerial del 5 de agosto de 2017, que obra como Anexo C en el escrito de absolución al Escrito de Oposición, presentado por ENEL con fecha 16 de mayo de 2018.

El mérito de la copia de la carta del 17 de agosto de 2017 que AZTECA envió a ENEL, con el fin de comunicar que la Retribución debía disminuir en función de las modificaciones a las variables "m" y "f" de la Fórmula establecidas por la Resolución Viceministerial, que obra como Anexo D en el escrito de absolución al Escrito de Oposición, presentado por ENEL con fecha 16 de mayo de 2018.

El mérito de la solicitud de mandato ingresada ante el Consejo Directivo de OSIPTEL por AZTECA con fecha 05 de octubre de 2017, que obra como Anexo B-6 en el escrito de oposición al arbitraje, presentado por AZTECA con fecha 19 de abril de 2018.

El mérito de la copia del mandato emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL con fecha 08 de marzo de 2018, que obra como Anexo B-11 en el escrito de oposición al arbitraje, presentado por AZTECA con fecha 19 de abril de 2018.

POR TANTO:


Solicitamos a los señores miembros del Tribunal Arbitral declarar fundada nuestra pretensión principal y su pretensión accesoria. Caso contrario, que el Tribunal Arbitral se sirva declarar fundada nuestra pretensión subordinada a la pretensión principal.

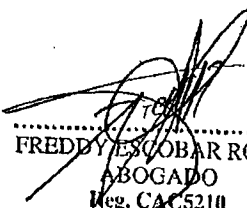
PRIMER OTROSÍ DECIMOS: adjuntamos a este escrito los siguientes anexos:

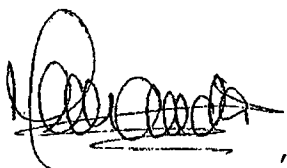
Anexos 2-A y 2-B: medios probatorios ofrecidos.

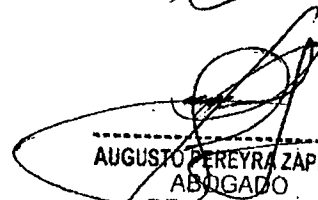
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: concedemos facultades generales de representación a los abogados que autorizan este escrito y a los demás abogados que integran Lazo, De Romaña & CMB Abogados. Declaramos estar instruidos de la delegación de poderes que otorgamos y de sus alcances.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: en cumplimiento de lo establecido en el Numeral 16 del Acta de Instalación, acompañamos a este escrito un CD conteniendo este escrito y sus anexos en formato digital.


LAURA I. FRANCIA ACUÑA
ABOGADO
C.A.L. 45901


FREDDY ESCOBAR ROZAS
ABOGADO
Reg. CAC 5210




AUGUSTO PEREYRA ZAPLANA
ABOGADO
REG. CAC 6200

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

EXPEDIENTE N° 0423-2017-CCL

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

v

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.

ESCRITO N° 3

MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

20 de julio de 2018

FREDDY ESCOBAR
LAURA FRANCIA
MERCEDES ARGUEDAS
AUGUSTO PEREYRA

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

LAZO, DE ROMAÑA & CMB ABOGADOS

MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, modificamos el monto de las pretensiones de nuestra demanda, de la siguiente manera:

- (i) Pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral declare que AZTECA incumplió la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.

- (ii) Pretensión accesoria a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'505,166.30 (Un Millón Quinientos Cinco Mil Ciento Sesenta y Seis y 30/100 Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas, a título de *indemnización* por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.

En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la *indemnización* por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato

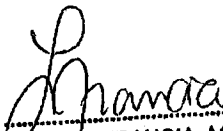
- (iii) Pretensión subordinada a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'505,166.30 (Un Millón Quinientos Cinco Mil Ciento Sesenta y Seis y 30/100 Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas, a título de *compensación* en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

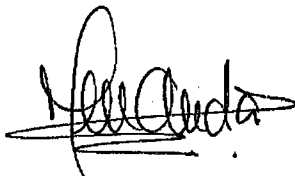
En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la *compensación* en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

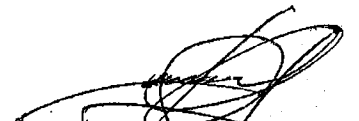
Cabe precisar que la modificación que efectuamos obedece a que los montos de nuestras pretensiones planteadas en el escrito de demanda no incluían el Impuesto General a las Ventas.

POR TANTO:

Solicitamos a los señores miembros del Tribunal Arbitral se sirvan tener presente lo expuesto y proceder conforme a lo solicitado.


LAURA I. FRANCIA ACUÑA
ABOGADO
C.A.L. 45901




AUGUSTO PEREYRA ZAPLANA
ABOGADO
REG. CAC 8200



Empresa de Distribución
Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
Calle: César López Rojas 201
Urb. Maranga - San Miguel - Lima
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

2016- / 20000 2/72

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00000723

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 26 de Julio del 2016

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62

Solicitud de Venta Nro: 2584598
Fecha de Vencimiento : 26/07/2016
CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 NUEVOS SOLES

azteca
25 JUL 2016
RECIBIDO
CONTABILIDAD



Alquiler de infraestructura eléctrica. Periodo Julio 2016.

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000073290



02822142201953886726072016000151000000001

(10)

BBVA Continental

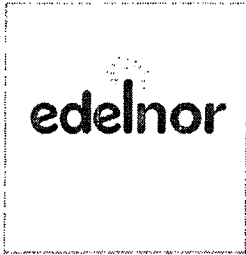
BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	160829974APE.DVP	29-08-2016	14:33:44	2

REFERENCIA: DVP 29/08/2016

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: EDELNOR S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU ; **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300001444
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 10403388454 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: GONZALES MENDEZ GUILLERMO
Domicilio: MZA. E' LOTE 22 **Teléfono:**
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. **Cuenta:** 00940720710819794386
Importe: 2,100.00 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300001454
Concepto2: 0004508009
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

2016 100002445



Empresa de Distribución
Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
Calle: César López Rojas 201
Urb. Maranga - San Miguel - Lima
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA


F411-00000777

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 26 de Agosto del 2016

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62


 D B SET. 2016
**RECIBIDO
CONTABILIDAD**

Solicitud de Venta Nro: 2592320
 Fecha de Vencimiento : 26/08/2016
 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO
 Y 67/100 NUEVOS SOLES



Alquiler de infraestructura eléctrica. Periodo Agosto 2016.

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000076366



02822142201953886726082016000251000000001



BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	160914D9EBPE.DVP	14-09-2016	17:33:29	1

REFERENCIA: DVP 14/09/2016

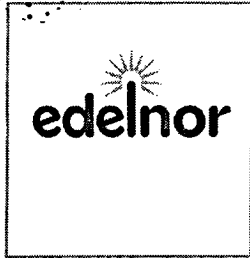
DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 Tipo Documento: RUC
 Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
 Fecha de Proceso: 14-09-2016 Validar Pertinencia: Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20467534026 Tipo Documento: RUC
 Nombre: AMERICA MOVIL PERU S.A.C.
 Domicilio: AV. CARLOS VILLARAN 1 Teléfono: 6131000
 Correo electronico:
 Banco: 0002-CREDITO DEL PERU Cuenta: 00219300114002601316
 Importe: 5,021.79 PEN Forma de Pago: I-Cuenta Interbancaria
 Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300001543
 Concepto2: 0004502203
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 20269985900 Tipo Documento: RUC
 Nombre: EDELNOR S.A.A.
 Domicilio: CESAR LOPEZ 201 Teléfono: 5171717
 Correo electronico:
 Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. Cuenta: 00917000000746436326
 Importe: 175,849.67 PEN Forma de Pago: I-Cuenta Interbancaria
 Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300001541
 Concepto2: 0004500024
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO



Empresa de Distribución
Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
Calle: César López Rojas 201
Urb. Maranga - San Miguel - Lima
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00000827

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 28 de Septiembre del 2016

Contacto :

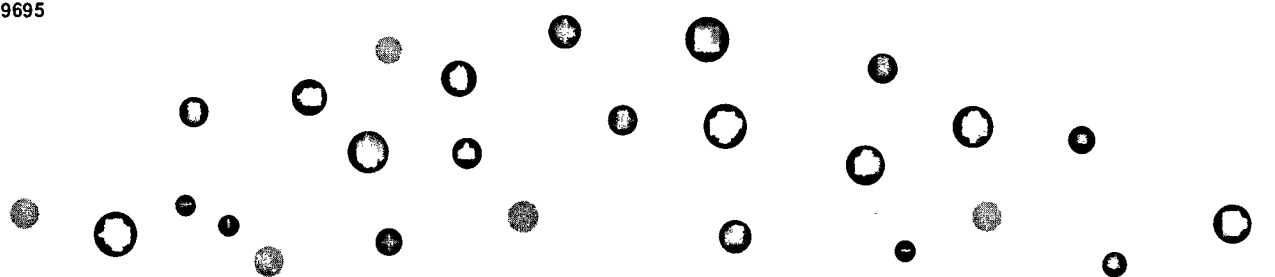
CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
<p>Solicitud de Venta Nro: 2601509 Fecha de Vencimiento : 28/09/2016 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 NUEVOS SOLES</p>					

Alquiler de Infraestructura eléctrica. Periodo Setiembre 2016.

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000079695





Redes Ópticas

Av. 28 de Julio 1011, Piso 5,
Urbanización San Antonio,
Miraflores, Lima Perú
Teléfono: (511) 6505344
www.redesopticas.com.pe

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	16100743F6PE.DVP	07-10-2016	17:12:47	1

REFERENCIA: DVP 07/10/2016

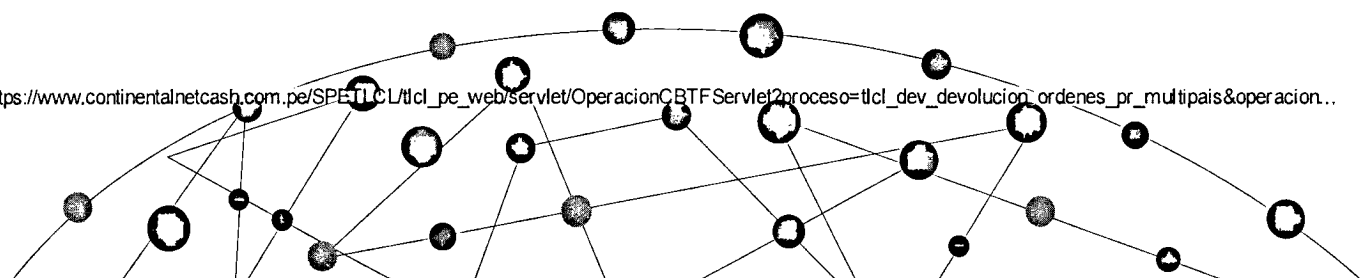
DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
Fecha de Proceso: 07-10-2016 **Validar Pertenencia:** Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: EDELNOR S.A.A. **Teléfono:** 5171717
Domicilio: CESAR LOPEZ 201
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300001672
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

RESUMEN			
Total de Órdenes Propio Banco:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes de Pago:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes Interbancarias:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN
Número Total de Órdenes:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN



ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00000866

Lima 25 de Octubre del 2016

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2608300 Fecha de Vencimiento : 25/10/2016 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

Alquiler de infraestructura eléctrica. Periodo Octubre 2016

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000082246

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	161116F837PE.DVP	16-11-2016	15:23:41	1

REFERENCIA: DVP 16/11/2016

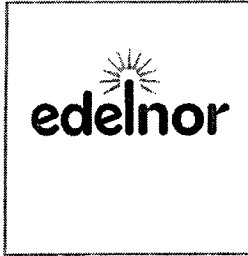
DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 Tipo Documento: RUC
 Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
 Fecha de Proceso: 16-11-2016 Validar Pertenencia: Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20193681655 Tipo Documento: RUC
 Nombre: BONAVISTA S.A.C.
 Domicilio: JR. SAN AGUSTIN NRO. 11 Teléfono: 7153526
 Correo electronico:
 Banco: 0002-CREDITO DEL PERU Cuenta: 00219400143622502298
 Importe: 265.37 PEN Forma de Pago: I-Cuenta Interbancaria
 Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300001935
 Concepto2: 0004504891
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 20269985900 Tipo Documento: RUC
 Nombre: EDELNOR S.A.A.
 Domicilio: CESAR LOPEZ 201 Teléfono: 5171717
 Correo electronico:
 Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. Cuenta: 00917000000746436326
 Importe: 175,849.67 PEN Forma de Pago: I-Cuenta Interbancaria
 Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300001931
 Concepto2: 0004500024
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO



Empresa de Distribución
Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
Calle: César López Rojas 201
Urb. Maranga - San Miguel - Lima
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00000910

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 22 de Noviembre del 2016

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
Solicitud de Venta Nro: 2615467 Fecha de Vencimiento : 22/11/2016 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES					

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO NOVIEMBRE 2016

TOTAL AFECTO	165,583.62
TOTAL INAFECTO	0.00
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000085695

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	16113031CDPE.DVP	30-11-2016	17:58:49	3

REFERENCIA: DVP 30/11/2016

Número Documento: 10090800120 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: DIAZ CANALES JUAN JOSE
Domicilio: JR. SUCRE 752 **Teléfono:**
Correo electronico:
Banco: 0002-CREDITO DEL PERU **Cuenta:** 00219213537092901032
Importe: 41,850.80 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300002024
Concepto2: 0004508880
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: EDELNOR S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300002014
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00000970

Lima 21 de Diciembre del 2016

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2622741 Fecha de Vencimiento : 21/12/2016 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO DICIEMBRE 2016

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000088496

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	1702025781PE.DVP	02-02-2017	15:59:43	1

REFERENCIA: DVP 02/02/2017

DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
Fecha de Proceso: 02-02-2017 **Validar Pertenencia:** Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: EDELNOR S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 351,699.34 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000144
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 40028518 **Tipo Documento:** Libreta electoral/DNI
Nombre: HAYDIE LORENA TRELLES GUZMÁN
Domicilio: Av. Larco No. 661 663 **Teléfono:**
Correo electronico:
Banco: 0002-CREDITO DEL PERU **Cuenta:** 00219112488162705551
Importe: 700.00 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001033

Lima 31 de Enero del 2017

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2632439 Fecha de Vencimiento : 31/01/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO ENERO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000092194

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	1702025781PE.DVP	02-02-2017	15:59:43	1

REFERENCIA: DVP 02/02/2017

DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
Fecha de Proceso: 02-02-2017 **Validar Pertenencia:** Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: EDELNOR S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 351,699.34 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000144
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 40028518 **Tipo Documento:** Libreta electoral/DNI
Nombre: HAYDIE LORENA TRELLES GUZMÁN
Domicilio: Av. Larco No. 661 663 **Teléfono:**
Correo electronico:
Banco: 0002-CREDITO DEL PERU **Cuenta:** 00219112488162705551
Importe: 700.00 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001082

Lima 28 de Febrero del 2017

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2638956 Fecha de Vencimiento : 28/02/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO FEBRERO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000094768

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	170308ED77PE.DVP	09-03-2017	15:40:59	1

REFERENCIA: DVP 08/03/2017

DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
Fecha de Proceso: 08-03-2017 **Validar Pertenencia:** Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU ; **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000285
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

RESUMEN			
Total de Órdenes Propio Banco:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes de Pago:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes Interbancarias:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN
Número Total de Órdenes:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001125

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 23 de Marzo del 2017

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62

Solicitud de Venta Nro: 2644802
Fecha de Vencimiento : 23/03/2017
CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO MARZO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000096915

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	1703294746PE.DVP	29-03-2017	15:02:47	2

REFERENCIA: DVP 29/03/2017

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU ; **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000376
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 42511433 **Tipo Documento:** Libreta electoral/DNI
Nombre: KARINA ANAIT ROMERO VARGAS
Domicilio: **Teléfono:**
Correo electronico:
Banco: 0011-BBVA BANCO CONTI **Cuenta:** 00110381100200134578
Importe: 213.50 PEN **Forma de Pago:** P-Cuenta Propio Banco
Tipo de Cuenta:
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000379
Concepto2: 0200144233
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 0000 - AUTORIZADO

RESUMEN			
Total de Órdenes Propio Banco:	3	Importe Total:	32,236.28 PEN
Total de Órdenes de Pago:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes Interbancarias:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN
Número Total de Órdenes:	4	Importe Total:	208,085.95 PEN

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001175

Lima 24 de Abril del 2017

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
Solicitud de Venta Nro: 2651805 Fecha de Vencimiento : 24/04/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES					

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO ABRIL 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000099465

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	170508F774PE.DVP	08-05-2017	15:03:23	1

REFERENCIA: DVP 08/05/2017

DATOS DEL EMISOR:

Clave: 20562692313 Tipo Documento: RUC
 Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
 Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
 Fecha de Proceso: 08-05-2017 Validar Pertenencia: Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20232236273 Tipo Documento: RUC
 Nombre: ELECTRO UCAYALI
 Domicilio: AV. CIRCUNVALACION N° Teléfono:
 Correo electronico:
 Banco: 0011-BBVA BANCO CONTI Cuenta: 00110306800100005488
 Importe: 15,509.01 PEN Forma de Pago: P-Cuenta Propio Banco
 Tipo de Cuenta:
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300000568
 Concepto2: 0004503936
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 0000 - AUTORIZADO

Número Documento: 20269985900 Tipo Documento: RUC
 Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
 Domicilio: CESAR LOPEZ 201 Teléfono: 5171717
 Correo electronico:
 Banco: 0009-SCOTIABANK PERU S.A. Cuenta: 00917000000746436326
 Importe: 175,849.67 PEN Forma de Pago: I-Cuenta Interbancaria
 Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
 Confirmacion de Pago:
 Concepto1: 1300000566
 Concepto2: 0004500024
 Concepto3:
 Concepto4:
 Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001245

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

Lima 25 de Mayo del 2017

Contacto :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
Solicitud de Venta Nro: 2660227 Fecha de Vencimiento : 25/05/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES					

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO MAYO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe

Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000102852

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	1705316939PE.DVP	16-06-2017	09:27:06	1

REFERENCIA: DVP 31/05/2017**DATOS DEL EMISOR:**

Clave: 20562692313 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
Cuenta de Cargo: 00110910710100160134
Fecha de Proceso: 31-05-2017 **Validar Pertenencia:** Sí

PAGO A PROVEEDORES EMITIDOS:

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU ; **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000690
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

RESUMEN			
Total de Órdenes Propio Banco:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes de Pago:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes Interbancarias:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN
Número Total de Órdenes:	1	Importe Total:	175,849.67 PEN

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001305

Lima 26 de Junio del 2017

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2668583 Fecha de Vencimiento : 26/06/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO JUNIO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000105983

BBVA Continental

BBVA Continental	Archivo	Fecha	Hora	Página
Pago a Proveedores	170703FB14PE.DVF	03-07-2017	15:38:32	2

REFERENCIA: DVP 03/07/2017

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electronico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmacion de Pago:
Concepto1: 1300000886
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

RESUMEN			
Total de Órdenes Propio Banco:	1	Importe Total:	376,716.99 PEN
Total de Órdenes de Pago:	0	Importe Total:	0.00 PEN
Total de Órdenes Interbancarias:	2	Importe Total:	176,540.19 PEN
Número Total de Órdenes:	3	Importe Total:	553,257.18 PEN

ENEL DISTRIBUCION PERÚ S.A.A.
DOMICILIO FISCAL: Calle César
López Rojas N° 201
Urb. Maranga - San Miguel
Central Telefónica: 561-2001

Empresariales e Institucionales

RUC: 20269985900

FACTURA ELECTRONICA

F411-00001350

Lima 24 de Julio del 2017

Contacto :

Cuenta : 2822142
Señore(s) : AZTECA COMUNICACIONES PERU S.A.C.
R.U.C. : 20562692313
Dirección :

CODIGO	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR DE VENTA
2124	ALQUILER DE POSTES P	NIU	1.00	165,583.62	165,583.62
	Solicitud de Venta Nro: 2675238 Fecha de Vencimiento : 24/07/2017 CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO Y 67/100 SOLES				

ALQUILER DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA -
PERIODO JULIO 2017

TOTAL AFECTO	165,583.620
TOTAL INAFECTO	0.000
IGV	29,805.05
OTROS CARGOS	0.00
IMPORTE TOTAL	195,388.67

Para consultar su comprobante electrónico Ingrese a:
www.edelnor.com.pe
Representación impresa de la Factura Electrónica
Autorizado Mediante Resolución de Intendencia
N° 0180050001112/ SUNAT

022 - Otros servicios empresariales / Número de
Cta. en el Bco. Nac. 00-000-313017
100000108456

BBVA Continental

<u>BBVA Continental</u>	<u>Archivo</u>	<u>Fecha</u>	<u>Hora</u>	<u>Página</u>
Pago a Proveedores	1708039191PE.DVP	04-08-2017	08:29:03	3

REFERENCIA: DVP 03/08/2017

Número Documento: 20269985900 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Domicilio: CESAR LOPEZ 201 **Teléfono:** 5171717
Correo electrónico:
Banco: 0009-SCOTIABANK PERU **Cuenta:** 00917000000746436326
Importe: 175,849.67 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmación de Pago:
Concepto1: 1300001053
Concepto2: 0004500024
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO

Número Documento: 20547959800 **Tipo Documento:** RUC
Nombre: IMPRESIONES DIVERSAS R&E S.A.C.
Domicilio: JR. EMILIO ALTHAUS 625 **Teléfono:**
Correo electrónico:
Banco: 0002-CREDITO DEL PERU **Cuenta:** 00219300199618104319
Importe: 1,358.62 PEN **Forma de Pago:** I-Cuenta Interbancaria
Tipo de Cuenta: 02 - Otro Titular
Confirmación de Pago:
Concepto1: 1300001061
Concepto2: 0004507383
Concepto3:
Concepto4:
Motivo de devolución: 01 - CGA0001 ORDEN INTERBANCARIA EN PROCESO



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 001-2018-CCO/OSIPTEL

Lima, 06 de setiembre de 2018

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Enel Distribución Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resolución N° 191 -2018-CD/OSIPTEL de fecha 28 de agosto de 2018 para resolver la controversia presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha.

VISTO:

El escrito remitido por AZTECA con fecha 23 de agosto de 2018, a través del cual presenta una reclamación contra la empresa ENEL.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 9 de noviembre de 2015 la empresa AZTECA celebró con la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (ahora, ENEL¹) un "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica" (en adelante, el Contrato de Compartición), en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley N° 29904)².

Cabe indicar que a través del referido contrato, las partes acordaron las condiciones de acceso, uso y remuneración de la infraestructura eléctrica de titularidad de la empresa ENEL, a favor de AZTECA para el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta en el marco del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro".

¹ En consecuencia al cambio de denominación social de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR) a Enel Distribución Perú S.A.A, el cual se llevó a cabo en el año 2016.

² Cabe mencionar que el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 fue modificado a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03, Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "n" de la "Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos" (en adelante, Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03).

2. El 8 de marzo de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió la Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, mediante la cual aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL, sustentado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 del 28 de febrero de 2018 (en adelante, el Mandato).
3. Con fecha 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, derivadas de la incorrecta aplicación de las normas de compartición, en específico, del valor del denominador "Na" contenido en la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, el cual constituye un precio máximo regulado. Al respecto, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:

- **Primera pretensión principal.**- Se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Sobre el particular, AZTECA señala que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador "Na" se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3).

- **Pretensión subordinada a la primera pretensión principal.**- Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato.
- **Segunda pretensión principal.**- Se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, específicamente el extremo referido a que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 de dicho contrato tendría una vigencia mínima de 3 años, no resulta exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.

Al respecto, AZTECA indica que el referido pacto resultaría ser contrario a lo dispuesto en el marco normativo vigente sobre uso compartido de infraestructura para la provisión del servicio de Banda Ancha (Ley N° 29904 y su Reglamento).

II. OBJETO

4. En atención al escrito de reclamación presentado el 23 de agosto de 2018 por la empresa AZTECA, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc determinar si, en el presente caso, se han cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia de la denuncia, señalados en el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

III. MARCO LEGAL DE LAS COMPETENCIAS ASIGNADAS A LOS CUERPOS COLEGIADOS AD HOC

5. De acuerdo al literal e) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores)³, el OSIPTEL ejerce entre otras, la función de solución de controversias, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.
6. Cabe indicar que los artículos 36° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (en adelante, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL)⁴ y 51° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM⁵, disponen que los órganos competentes para el ejercicio de dicha función, son los Cuerpos Colegiados, en primera instancia y el Tribunal de Solución de Controversias en segunda y última instancia administrativa.
7. Asimismo, es preciso indicar que el referido artículo 36° de la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL⁶ y el artículo 49° del Reglamento General del OSIPTEL⁷, recogen incluso la facultad de las instancias de solución de controversias de resolver en la vía administrativa, los conflictos y controversias que se planteen como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones.

³ Ley Marco de Organismos Reguladores

"Artículo 3.- Funciones"

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

- e) *Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; (...)*

⁴ Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL

"Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa"

Son competentes para resolver controversias:

- a) *En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.*
- b) *En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable. (...)*

⁵ Reglamento General del OSIPTEL

"Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias."

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa".

⁶ Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL

"Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa"

(...)

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios".

⁷ Reglamento General del OSIPTEL

"Artículo 49.- Definición de Función de Solución de Controversias."

La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPÍ.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de EMPRESA OPERADORA.

La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente".

8. Ahora bien, corresponde indicar que de conformidad al literal f) del artículo 2° y 7° del Reglamento del Solución de Controversias⁸, en concordancia con lo dispuesto por el literal f) del artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL⁹, establece que los Cuerpos Colegiados Ad Hoc del OSIPTEL son competentes para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
9. Cabe añadir que el artículo 2° del Reglamento de Solución de Controversias ha recogido las competencias de los Cuerpos Colegiados previamente referidas, añadiendo en su artículo 3°¹⁰ que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.
10. Asimismo, es preciso indicar que el Consejo Directivo del OSIPTEL ha reconocido en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos bajo el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento¹¹, que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL son competentes para resolver los conflictos suscitados entre empresas operadoras de telecomunicaciones y los concesionarios de energía

⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

(...)

f. El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios".

"Artículo 7°.- Primera instancia.

7.1 Los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL son los órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia administrativa las controversias a las que se refiere el artículo 2° del presente Reglamento.

7.2 El OSIPTEL contará con Cuerpos Colegiados Ad Hoc, que tendrán a su cargo las controversias relacionadas a las materias descritas en el artículo 2° del presente Reglamento, a excepción de aquellas referidas a los incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia previstas en el literal a) del referido artículo.

(...)"

⁹ **Reglamento General del OSIPTEL**

"Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

(...)

f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones."

¹⁰ **Reglamento de Solución de Controversias**

"Artículo 3.- Vía previa. La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL."

¹¹ A manera de ejemplo, se pueden revisar, los siguientes mandatos de compartición, emitidos en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento: i) Resolución de Consejo Directivo N° 079-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00003-2015-CD-GPRC/MC, entre las empresas concesionarias Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. e Interconexión Eléctrica Isa Perú S.A., que contiene el Informe N° 271-GPRC/2015; ii) Resolución de Consejo Directivo N° 078-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00002-2015-CD-GPRC/MC entre las empresas concesionarias Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Consorcio Transmantaro S.A., que contiene el Informe N° 270-GPRC/2015; iii) Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00001-2015-CD-GPRC/MC, entre las empresas concesionarias Azteca Comunicaciones Perú S.A.A. y Red de Energía del Perú S.A., que contiene el Informe N° 269-GPRC/2015; y, iv) Informe N° 00227-GPRC/2016 de Evaluación del contrato de compartición de infraestructura de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, celebrado entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A., de fecha 30 de mayo de 2016. Cabe indicar que los mandatos de compartición emitidos, así como los contratos remitidos para supervisión del OSIPTEL en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento, se encuentran publicados en la página web del OSIPTEL: <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/resoluciones-de-consejo-directivo> y <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/contratos-supervision-ley-banda-ancha>.

eléctrica e hidrocarburos en materia de compartición de infraestructura para la provisión del servicio de Banda Ancha, en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, y su Reglamento.

11. A su vez, es pertinente indicar que en anteriores procedimientos los Cuerpos Colegiados Ad Hoc del OSIPTEL han señalado que vía función de solución de controversias son competentes para resolver los desacuerdos que surjan como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos de compartición, siendo que, en el caso de los contratos de compartición, los efectos de sus pronunciamientos se mantendrán hasta que el contrato en su totalidad pierda vigencia o, cuando se trate de una modificación parcial, sobre aquellas cláusulas que no fueron modificadas¹².
12. Por su parte, el Consejo Directivo del OSIPTEL¹³ ha señalado que los mandatos de compartición al ser instrumentos de naturaleza normativa no tienen efectos retroactivos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución Política del Perú¹⁴, que establece que las normas jurídicas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.
13. Por tanto, en concordancia con lo dispuesto en el literal b) del artículo 2° de la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL¹⁵, los artículos 51° y 53° inciso f) del Reglamento General del OSIPTEL, así como con lo señalado por el OSIPTEL en ejercicio de su función normativa al emitir mandatos de compartición en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento; la competencia para conocer y resolver las controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y concesionarios de energía eléctrica como consecuencia de la interpretación y la ejecución de sus mandatos o contratos de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio de Banda Ancha es exclusiva de los Cuerpos Colegiados Ad Hoc del OSIPTEL.

3.1. **Ámbito de aplicación de las normas sobre acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos (Ley N° 29904 y su Reglamento)**

14. La Ley N° 29904 tiene por finalidad impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la banda ancha en el territorio nacional, para lo cual declaró de necesidad e

¹² Ver la Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 19 de enero de 2018 (Expediente N° 006-2017-CCO-ST/CI).

¹³ Ver el Informe N° 00057-GPRC/2018 de fecha 28 de febrero de 2018, que sustenta el Mandato de Compartición entre AZTECA y ENEL, aprobado mediante la Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL de fecha 8 de marzo de 2018.

¹⁴ Constitución Política del Perú
"Artículo 103.-
(..) 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. (..)"

¹⁵ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

"Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se entiende por:

(..)

Instancias Competentes de OSIPTEL.-

(..)

b. Los cuerpos colegiados a que se refiere el Reglamento General para la solución de controversias en la vía administrativa; (..)"

interés nacional la construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país, así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha¹⁶.

15. De acuerdo con el Reglamento de la Ley N° 29904, la infraestructura a ser compartida será todo poste, ducto, conducto, cámara, torre y derechos de vía e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de transporte y distribución de hidrocarburos¹⁷.
16. Asimismo, la Ley N° 29904 establece que dicha compartición de infraestructura se realizará a cambio de una contraprestación inicial, que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos para compartir, y de contraprestaciones periódicas, que remuneren la operación y mantenimiento, incluyendo un margen de utilidad razonable¹⁸.
17. Ahora bien, en cuanto a los supuestos para determinar la aplicación de la Ley N° 29904 y su Reglamento, el primer supuesto está compuesto por el ámbito de aplicación subjetiva, el cual se encuentra referido a la verificación de los sujetos regulados por estas normas. Así, tenemos que, en específico, para el acceso y uso de infraestructura existente a ser compartida, el ámbito de aplicación subjetiva estará compuesto, de un lado, por el solicitante o beneficiario de la infraestructura (el concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones) y, de otro, por el titular de dicha infraestructura (el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos)¹⁹.

¹⁶ Ley N° 29904

"Artículo 1. Objeto de la Ley

El propósito de la Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la Información y el conocimiento."

"Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.

ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil."

¹⁷ Reglamento de la Ley N° 29904

"Artículo 24.- Infraestructura existente a ser compartida

Para efectos del presente título, entiéndase por infraestructura a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, y derechos de vía e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de transporte y distribución de hidrocarburos."

¹⁸ Ley N° 29904

"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos (...)

13.4 *El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:*

(...)

b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley."

¹⁹ Ley N° 29904

18. De otro lado, en lo referido a los casos en los que la Ley N° 29904 es aplicable para el acceso y uso de infraestructura existente, es decir, el ámbito de aplicación objetiva, el artículo 13° de dicha norma establece que el uso compartido de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos procederá cuando sea necesaria para el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, siempre que no existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad del servicio de energía.
19. Ahora bien, de acuerdo a la Ley N° 29904 y su Reglamento, el OSIPTEL está encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones referidas a la compartición de infraestructura asociada a la prestación de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos contenidos en la Ley N° 29904 y su Reglamento²⁰.
20. Adicionalmente, considerando que el acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha fue declarado de necesidad e interés nacional por la Ley N° 29904, la relación de compartición que se establece bajo dicha norma involucra un interés público.
21. En efecto, los contratos de compartición en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento ven afectado su carácter privado en tanto su objeto reviste de un interés público particular, siendo que incluso éstos son remitidos al OSIPTEL para efectos de supervisión.
22. De esta manera, al ser AZTECA un operador neutral que no brinda servicios finales, el desacuerdo en la interpretación y ejecución de los contratos y mandatos de compartición podrían implicar una eventual afectación del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, como en el presente caso lo alega AZTECA, al establecerse costos excesivos que dificulten o denieguen el acceso y permanencia del cableado de fibra óptica de la red dorsal.

IV. EVALUACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR AZTECA

4.1. Sobre la reclamación presentada por AZTECA

23. De la evaluación del escrito de reclamación presentado por AZTECA, se advierte que la materia de análisis de la primera pretensión principal se encuentra referida a una controversia respecto a la ejecución del Contrato de Compartición suscrito entre AZTECA y ENEL, derivada de la aplicación de las normas de compartición, específicamente, en lo referido al valor que se le debe atribuir al denominador "Na" en la fórmula para la determinación de la contraprestación mensual por el acceso y uso de la infraestructura, prevista en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley 29904.

*"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."*

²⁰ Reglamento de la Ley N° 29904

"Artículo 33.- Supervisión por parte del OSIPTEL

*33.1 El OSIPTEL verificará el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de los Operadores de Telecomunicaciones. Asimismo, verificará el cumplimiento de las disposiciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos contenidas en la Ley y el presente reglamento.
(...)"*

24. En efecto, en su escrito de reclamación, la empresa AZTECA argumentó que sobre la base de una errada aplicación de las normas de compartición ha efectuado pagos en exceso por la compartición de infraestructura de ENEL, de acuerdo a lo siguiente: i) la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 constituye un precio máximo regulado; ii) con la aprobación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y la emisión del Informe N° 292-2017-MTC/26, en el que se detalla el razonamiento económico de la fórmula de la Metodología del Reglamento de la Ley N° 29904, AZTECA se percató que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3); y, iii) ante la negativa de ENEL de modificar la contraprestación del Contrato de Compartición, AZTECA solicitó un mandato de compartición en el cual el Consejo Directivo del OSIPTEL habría señalado que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3).
25. De otro lado, respecto de la segunda pretensión principal planteada por AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que la misma se centra en la discrepancia entre las partes respecto a los alcances de lo dispuesto en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, específicamente en el extremo que exige una vigencia mínima de tres (3) años de la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del referido contrato, siendo que AZTECA solicita se declare inexigible dicho pacto al no ajustarse a lo dispuesto en el marco normativo vigente sobre uso compartido de infraestructura para la provisión del servicio de Banda Ancha.

4.2. Sobre la admisión y tramitación de la presente controversia

26. El artículo 38° del Reglamento de Solución de Controversias, distingue entre dos clases de procedimientos: (i) aquel que versa sobre la comisión de una infracción; y (ii) aquel que no versa sobre la comisión de una infracción²¹; siendo que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 39° del mencionado Reglamento²², corresponde al Cuerpo Colegiado encauzar las controversias de acuerdo con el procedimiento que por la naturaleza de la materia controvertida le corresponde.
27. En tal sentido, considerando la naturaleza de las materias planteadas por la empresa AZTECA en su reclamación, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que estas no involucrarían la comisión de una infracción, por lo que resulta de aplicación el procedimiento regulado por los artículos 41° y siguientes del Reglamento de Solución de Controversias.
28. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42° del Reglamento de Solución de Controversias²³, las empresas no operadoras de telecomunicaciones pueden ser

²¹ Reglamento de Solución de Controversias
"Artículo 38°.- Clases de procedimientos. Según el objeto del procedimiento éste puede ser (i) procedimiento que verse sobre la comisión de infracciones; o, (ii) procedimiento que no verse sobre la comisión de infracciones. (...)"

²² Reglamento de Solución de Controversias
"Artículo 39°.- Deber del Cuerpo Colegiado de encauzar el procedimiento. Corresponde al Cuerpo Colegiado encauzar las controversias de acuerdo con el procedimiento que por la naturaleza de la materia controvertida le corresponde".

²³ Reglamento de Solución de Controversias
*"Artículo 42°.- Legitimidad para obrar. Toda empresa que brinde servicios públicos de telecomunicaciones puede recurrir ante el OSIPTEL, directamente o a través de su representante legal, para reclamar la solución de una controversia o conflicto que tenga con otra empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones, por cualquiera de las materias a que se refiere el artículo 2 del presente Reglamento. La representación procesal, podrá acreditarse con carta poder simple o declaración jurada, salvo para el desistimiento de la pretensión o para acogerse a las formas de terminación convencional del procedimiento, en cuyo caso se requerirá poder especial formalizado de acuerdo a lo establecido en el artículo 115° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias.
Asimismo, pueden ser susceptibles de reclamar y ser reclamados, las empresas no operadoras, tratándose de controversias a las que se refiere el último párrafo del artículo 2 del presente Reglamento".*

susceptibles de reclamar y ser reclamadas, tratándose de controversias que se planteen como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

29. Asimismo, el artículo 43° del Reglamento de Solución de Controversias²⁴ dispone que en el escrito que contenga la reclamación, deberá señalarse, los datos generales de quien la presenta, su domicilio, dirección de correo electrónico válida en caso autorice la notificación electrónica, la pretensión, los fundamentos, ofrecerse los medios probatorios y acompañarse como anexos los medios probatorios de que se disponga, así como acreditar la representación procesal a través de declaración jurada o carta poder simple²⁵.
30. En lo que respecta a la representación procesal, de la revisión de la reclamación presentada por AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que fue suscrita por su Gerente de Regulación, el señor André Marcel Robilliard Escobal, quien señala ser el representante de AZTECA con poderes inscritos en el Asiento C00020 de la Partida Electrónica de la empresa.
31. Adicionalmente, con ocasión a la tramitación del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI²⁶, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc ha tomado conocimiento de la vigencia de poder del señor André Marcel Robilliard Escobal, expedido el 6 de junio de 2018 por la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, en el que se verifica que cuenta con las facultades para interponer reclamaciones en vía administrativa en representación de AZTECA.
32. Por tanto, en atención al principio de informalismo contenido en el TUO de la LPAG²⁷, y en concordancia con las medidas de simplificación administrativa, aprobadas mediante Decreto Legislativo N° 1246, se considera acreditada la representación procesal de AZTECA. Asimismo, al haberse verificado que el escrito de reclamación presentado por la empresa AZTECA contiene las pretensiones y demás requerimientos establecidos en los artículos 42° y 43° del Reglamento de Solución de Controversias, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que corresponde declarar su admisión a trámite.

²⁴ **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 43°.- Requisitos de la reclamación. La reclamación a que se refiere el artículo anterior y los escritos atinentes al procedimiento deberán presentarse en la mesa de partes del OSIPTEL, dirigidos al Cuerpo Colegiado. En el escrito que contenga la reclamación deben señalarse los datos generales de quien la presenta, su domicilio, dirección de correo electrónico válida en caso autorice la notificación electrónica, la pretensión, los fundamentos, ofrecerse los medios probatorios y acompañarse como anexos los medios probatorios de que se disponga". De ser el caso, la representación procesal podrá acreditarse por declaración jurada o carta poder simple, a opción del administrado, conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias".

²⁵ Cabe añadir que el artículo 62° del TUO de la LPAG establece que las personas jurídicas pueden intervenir en el procedimiento a través de sus representantes legales, quienes actúan premunidos de los respectivos poderes.

²⁶ En el cual se incorporó el oficio N° 259-STCCO/2018, mediante el cual se puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc copia de la vigencia de poder del señor André Marcel Robilliard Escobal.

²⁷ **TUO de la LPAG**

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.6. **Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público".

33. En atención a lo previamente expuesto, luego de haber declarado la admisión a trámite de la reclamación presentada por la empresa AZTECA, corresponde correr traslado a ENEL, quien deberá contestarla dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46° del Reglamento de Solución de Controversias.

RESUELVE:

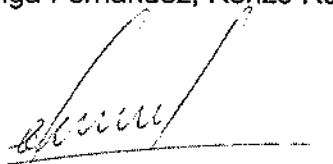
Artículo Primero.- Admitir a trámite la reclamación presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, y, en consecuencia, correr traslado de la reclamación a la Enel Distribución Perú S.A.A., la cual deberá proceder a su respectiva contestación en el plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Disponer la tramitación del procedimiento como uno que no corresponde a la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I – Procedimientos que no versan sobre la comisión de una infracción del Título VII del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

Artículo Tercero.- Incorporar al expediente copia de la vigencia de poder del señor André Marcel Robilliard Escobal, emitido el 6 de junio de 2018 por la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Tania Zúñiga Fernández, Renzo Rojas Jiménez y Laura Montalvo Mundaca.



Renzo Rojas Jiménez
Miembro



Laura Montalvo Mundaca
Miembro



Tania Zúñiga Fernández
Presidente

OSIPTEL

21075-2018/S2

2018 OCT -4

RECIBIDO

Expediente	008-2018-CCO-ST/CI
Secretaria Técnica	Zaret Matos Fernández
Sumilla	<u>CONTESTACIÓN</u>

AL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL):

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. ("ENEL"), con RUC 20269985900, con domicilio en Calle César López Rojas N° 201, Urbanización Maranga, distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, debidamente representado por la señora María del Carmen Ahomed Chávez, identificada con DNI 09161661, según poder que se acompaña al presente escrito, en el procedimiento iniciado por reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("AZTECA"), ante ustedes atentamente decimos:

El 13 de setiembre de 2018 fuimos notificados con el Oficio N° 283-STCCO/2018, por medio del cual nos corren traslado de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, conforme a la cual se admite a trámite la reclamación presentada por AZTECA y se nos concede el plazo de quince (15) días hábiles para contestarla.

Dentro del plazo otorgado, manifestando nuestro total desacuerdo con las pretensiones planteadas por AZTECA, procedemos a contestar su reclamación, **contradiendo todas las pretensiones y negándolas en todos sus extremos**, sobre la base de los siguientes fundamentos.

I. ¿DE QUÉ TRATA EL PRESENTE CASO?

1. El presente caso trata sobre el desconocimiento de AZTECA al contrato que tiene suscrito con ENEL. En efecto, como habrá apreciado el Cuerpo Colegiado al revisar la reclamación de AZTECA y podrá corroborar ahora revisando nuestra respuesta, AZTECA pretende eludir de manera artificiosa e ilegal, los alcances del contrato de compartición de infraestructura suscrito con ENEL.
2. Lo dicho se revela sin necesidad de realizar un análisis profundo de la controversia. Basta con revisar las pretensiones de AZTECA para comprobar que pretende desconocer la contraprestación pactada y el plazo de vigencia de

dicha contraprestación que también fue acordado de mutuo acuerdo. En suma, AZTECA pretende que por vía de la solución de controversias, la autoridad administrativa disponga una renegociación de los términos del contrato que libremente pactó con nuestra empresa, en términos tales que realmente implican su total desconocimiento.

3. Sobre el particular, muchas cosas hay por decir. En primer lugar, otro de los extremos del contrato que AZTECA está desconociendo es el referido al mecanismo de solución de controversias que se pactó. En dicha oportunidad, se pactó el arbitraje como mecanismo para resolver cualquier controversia contractual; sin embargo, sin mayor justificación de por medio, AZTECA desconoce ese pacto y recurre al Cuerpo Colegiado para resolver esta controversia estrictamente contractual. Claramente no puede permitirse esa conducta, razón por la cual solicitamos que el caso se archive liminarmente.
4. Pero no sólo ello, AZTECA pretende vaciar de contenido la cláusula arbitral del contrato que mantiene con nosotros, para crear artificialmente una competencia administrativa material que ni el Cuerpo Colegiado ni OSIPTEL tienen. Puesto que si bien reconocemos que dichos órganos tienen competencia para dirimir controversias que interesen al servicio público de telecomunicaciones, y en particular, aquellas que versen sobre acceso y uso de infraestructura; en el presente caso, tales órganos carecen de competencia por la materia para conocer las pretensiones específicas planteadas por AZTECA, que no corresponden a la vía administrativa, sino a la arbitral.
5. En segundo lugar, AZTECA ha omitido señalar que el mandato de compartición emitido por OSIPTEL está siendo cuestionado en un proceso judicial en curso. Es decir, dicho mandato es un acto cuya legalidad está siendo revisada por el Poder Judicial. Sin embargo, todas las pretensiones de AZTECA se sustentan precisamente en dicho mandato. Esta conexión conlleva necesariamente a que el Cuerpo Colegiado no pueda emitir un pronunciamiento, pues, de hacerlo, entraría en conflicto con la función jurisdiccional.
6. En tercer lugar, entrando al tema de fondo, AZTECA pretende otorgarle al mandato de compartición una eficacia retroactiva. Si bien no lo dice

expresamente porque sabe que no opera dicha retroactividad, es lo que pretende al sostener que el pronunciamiento de OSIPTEL respecto del factor Na de la fórmula para calcular la contraprestación por uso de infraestructura sería meramente declarativo, en el sentido que siempre dicho factor tuvo el valor equivalente a 3.

7. Como demostraremos en las siguientes líneas, lo señalado por AZTECA es falso y carece de una justificación legal. Es falso porque en ningún momento OSIPTEL le otorga dicho carácter a su pronunciamiento. Carece de justificación legal porque desconoce que la fórmula prevista en la norma no le otorga ningún valor al factor Na. En ese sentido, el valor que AZTECA y ENEL le otorgaron de mutuo acuerdo en el contrato debe ser respetado, tanto porque tiene un sustento económico, como porque se realizó dentro del marco normativo aplicable.
8. Bajo esta lógica, necesariamente debe entenderse que en el mandato de compartición OSIPTEL ha interpretado los alcances de la fórmula, concluyendo – en posición que no compartimos – que el valor de Na sería equivalente a 3. Dicha interpretación, como tal, no es declarativa, sino constitutiva. En ese sentido, debe regir hacia adelante y nunca hacia atrás como pretende AZTECA.
9. Sobre la base de los argumentos expuestos que desarrollaremos a continuación, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare improcedentes y/o infundadas las pretensiones que sustentan la reclamación de AZTECA y de por concluida la controversia iniciada por esta empresa.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

10. Para entender la dimensión de esta controversia es necesario describir y explicar brevemente la historia normativa que justifica el acuerdo celebrado con AZTECA que ahora, sin fundamentos, pretende desconocer.
11. Así, una primera norma que es necesario recordar es la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra

Óptica (en adelante, "Ley de Banda Ancha") y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, "el Reglamento").

12. Como es de su conocimiento, estas normas fueron promulgadas con el objeto de desarrollar disposiciones destinadas a impulsar el desarrollo, masificación y utilización de la Banda Ancha en todo el territorio nacional. Entre la normativa emitida, se dispuso cuál debería ser el tratamiento que se le debería brindar a los casos de compartición de infraestructura de energía eléctrica y de hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones.
13. Así, se dispuso que los concesionarios de energía eléctrica, como es el caso de ENEL, provean acceso y uso de la infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA, para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.
14. De esta forma, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha dispuso que cuando se efectúe el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura del concesionario de energía eléctrica por parte de la empresa de telecomunicaciones, **las partes tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura¹.**
15. Vale notar que la misma norma reconoce la relevancia y primacía del acuerdo privado al que pueden llegar las partes (sujetas, claro está, a las normas administrativas que los regulan), siendo los mandatos de compartición claramente excepcionales.

¹ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha – Decreto Supremo N° 014-2013-MTC**
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.
 (...).
 Énfasis propio.

16. En virtud a las disposiciones reseñadas, ENEL suscribió con AZTECA un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica el 9 de noviembre de 2015 (en adelante, "el Contrato"). Así, se le concedió a AZTECA el derecho de acceder y usar de la infraestructura de distribución de energía eléctrica y como contraprestación, AZTECA se obligó a pagar una retribución mensual, la misma que se estableció en función a la fórmula contemplada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
17. Como puede apreciarse del contrato suscrito por ENEL y AZTECA, la retribución pactada según la Cláusula Cuarta del Contrato, estipuló lo siguiente:

"Cláusula Cuarta. – Retribución

Por el acceso y uso concedido por Edelnor (hoy: Enel) sobre la infraestructura objeto del presente contrato, Azteca pagará a Edelnor una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley N° 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales (...)

(Subrayado agregado).

18. Como puede apreciarse, en virtud a dicha cláusula, tanto AZTECA como ENEL se comprometieron a **respetar el monto de la retribución pactada por un periodo mínimo de tres años.**
19. Vale destacar que esta cláusula fue producto de una negociación entre ambas partes, como lo prueban los correos electrónicos cursados entre los representantes de las empresas en el mes de noviembre de 2015 (Anexo 1-A). Es más, como podrá advertir el Cuerpo Colegiado de dichos correos, existe una aceptación expresa e indubitable de parte de AZTECA sobre el pacto transcrito. En tal sentido, nos sorprende que ahora AZTECA pretenda desconocer la validez de una cláusula que fue libremente negociada por ambas partes.

20. Es el caso que durante el plazo de tiempo en el que el Contrato se encontraba en vigor, el 5 de agosto de 2017, fue publicada la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, "Resolución Viceministerial"), la misma que modificó variables en la fórmula para la fijación de la retribución de los contratos de participación de infraestructura regidos por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. **Vale destacar que dicha Resolución Viceministerial nunca dispuso la modificación de la variable Na de la fórmula.**
21. Pues bien, AZTECA, con el único afán de incumplir los términos del Contrato suscrito con ENEL, desconociendo los términos acordados en el Contrato, con fecha 21 de agosto de 2017 remitió la Carta N° DJ-1258/17, en la que precisaba, entre otras cosas, que la Resolución Viceministerial habría señalado que el denominador "Na" (Número de Arrendatarios) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Fórmula debía ser igual a tres (3).
22. Sobre la base de ello, solicitaron que se adecúe la retribución por el uso de la infraestructura eléctrica al precio máximo que según AZTECA resultaba de la aplicación de la Fórmula. **Como podrá advertir el Cuerpo Colegiado, AZTECA sustentó su pedido en una interpretación incidental (contenida en un Informe previo no vinculante de uno de los órganos del Viceministerio²) que no formó parte de la decisión tomada en la Resolución Viceministerial y que, por ende, no era vinculante.**
23. Posteriormente, con fecha 29 de agosto de 2017, AZTECA remitió la carta DJ-1293/17 con el fin de devolver la Factura N° F411-00001397 por concepto de alquiler de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo de agosto de 2017, reiterando su solicitud de que se adecúe la retribución por el uso de la infraestructura eléctrica al precio máximo que según AZTECA resultaba de la

² El artículo 180.2 del TUO de la LPAG es clarísimo al señalar que los Informes emitidos por la autoridad administrativa se presumen facultativos y NO VINCULANTES, salvo excepción prevista por la Ley. Véase el texto de la norma:

TUO de la LPAG. Artículo 180.- Presunción de la calidad de los informes

180.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

180.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley. (resaltado, agregado)

aplicación de la Fórmula, y en atención a ello, desconocían sus compromisos contractuales. **Dicha situación se ha ido repitiendo mes a mes hasta la fecha.**

24. En atención a dicha situación, con fecha 12 de setiembre de 2017, ENEL remitió a AZTECA la Carta N° GC-IST-39050829 mediante la cual manifestó que, en virtud de la Cláusula Cuarta del Contrato, **LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE ALEGABA DEBIAN SER APLICADAS AL TÉRMINO DEL TERCER AÑO DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN.**
25. Pese a ello, continuando con su intención de desconocer las disposiciones contractuales fijadas, AZTECA solicitó al OSIPTEL la emisión de un “Mandato de Compartición” con la intención de modificar las condiciones relativas a la **contraprestación periódica del Contrato celebrado con ENEL**, pretendiendo así desconocer la Cláusula Decimosexta del Contrato de Compartición.
26. Al respecto, con fecha 16 de octubre de 2017, ENEL fue notificado con la Carta C. 00562-GPRC/2017, mediante la cual la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, la “GPRC”) del OSIPTEL otorgó un plazo para manifestar nuestra posición respecto de la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA. **Evidentemente se manifestó una total oposición. Primero, porque no era legal ni necesario emitir un mandato de compartición cuando el acceso a la infraestructura ya estaba garantizado con la celebración del Contrato. Segundo, porque el mismo Contrato consideraba la posibilidad de modificar la retribución al término de tres años. Y tercero porque, a dicha fecha, ya existía un arbitraje en curso con AZTECA que impedía que el OSIPTEL se pronuncie.**
27. Pese a los argumentos que se expusieron en su oportunidad, OSIPTEL con fecha 08 de marzo de 2018 aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL el mal llamado “Mandato de Compartición”, que –como hemos desarrollado- dispuso irregularmente la modificación de las condiciones relativas a la contraprestación periódica que ya habíamos acordado contractualmente mediante el Contrato.

28. Ante tal atropello, se interpuso un recurso de reconsideración mediante escrito de fecha 09 de abril de 2018, haciendo se conocimiento a OSIPTEL los argumentos aquí expuestos; sin embargo, desconociendo los límites de las facultades atribuidas por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, el Regulador tuvo a bien declarar infundado el señalado recurso, ratificando la Resolución de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTEL, notificada el 23 de mayo de 2018.
29. Estando en evidente desacuerdo con dicha decisión, el 23 de agosto de 2018 interpusimos demanda contencioso administrativa contra OSIPTEL y AZTECA para que se declaren nulas las Resoluciones de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL y N° 128-2018-CD/OSIPTEL y, en consecuencia, sin efecto el Mandato de Compartición (Anexo 1-B). **A la fecha nuestra demanda ha sido admitida a trámite (Anexo 1-C) y el proceso se encuentra en curso bajo el Expediente N° 9124-2018 ante el Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.**
30. En este contexto, el 23 de agosto de 2018, AZTECA presenta ante OSIPTEL su reclamación. En concreto, AZTECA pide tres cosas: (i) que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato excede la máxima retribución exigible; (ii) que se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a USD 595,126.93 por pago en exceso desde la suscripción del Contrato; y, (iii) que se declare que el pacto de vigencia de la contraprestación por tres años resulta inexigible.
31. Como resulta evidente de lo expuesto anteriormente, las pretensiones de AZTECA no tienen ningún sustento legal ni técnico, de manera que su reclamación debe ser declarada improcedente y/o infundada en todos sus extremos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.1 **FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN FORMULADA POR AZTECA**

En primer lugar, corresponde reseñar los fundamentos por los cuales la reclamación de AZTECA debe ser declarada **IMPROCEDENTE** por el Cuerpo Colegiado en todos sus extremos (esto es, respecto de sus dos pretensiones principales y de su pretensión accesoria a la pretensión principal), atendiendo a los siguientes argumentos:

a) **LA COMPETENCIA PARA RESOLVER EL PEDIDO DE AZTECA LE CORRESPONDE A UN TRIBUNAL ARBITRAL**

32. Conforme se desprende de los fundamentos de hecho que hemos expuesto anteriormente, queda claro que AZTECA y ENEL se encuentran vinculados por el Contrato. Esa vinculación no sólo los compromete a respetar la contraprestación pactada, tal como lo demostraremos más adelante, sino que además los compromete a respetar todos los términos contractuales.
33. Pues bien, uno de dichos términos es la cláusula de solución de controversias. En efecto, la **Cláusula Decimosexta** del Contrato es clara al precisar que la voluntad de las partes fue someter sus controversias a un arbitraje de derecho:

Cláusula Decimosexta.-

Resolución de Conflictos y Arbitraje

- (1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [*] Días Hábiles.
- (2) Si a criterio de una de las Partes la duda, diferencia o controversia a la que se refiere el numeral precedente no puede resolverse mediante el mecanismo y en el plazo previsto en dicho numeral, entonces dicha duda, diferencia o controversia será resuelta mediante arbitraje de derecho a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros que necesariamente deberán ser abogados colegiados. Dicho arbitraje será realizado conforme con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

34. Como podrá apreciar el Cuerpo Colegiado, el pacto arbitral no tiene ninguna excepción. En ese sentido, queda claro que – en los términos del Contrato – cualquier duda, diferencia o controversia entre las partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución del Contrato se resuelve mediante un arbitraje.

35. Siendo ello así, sencillamente no entendemos por qué AZTECA ha decidido presentar esta reclamación ante el Cuerpo Colegiado, cuando es evidente que su voluntad plasmada en el Contrato era resolver cualquier controversia ante un Tribunal Arbitral.
36. Probablemente la respuesta esté en la campaña que ha emprendido AZTECA para desconocer todos los contratos que tiene firmados. Sin duda se trata de una situación que no puede tolerarse y que, consecuentemente, el Cuerpo Colegiado no debe amparar.
37. Vale destacar que no negamos la competencia del Cuerpo Colegiado para resolver controversias que se planteen como consecuencia de acciones que puedan afectar el mercado de telecomunicaciones, tal cual como lo establece el artículo 36 de la Ley 27336 – Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL y el artículo 2 del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL.
38. Sin embargo, el mismo artículo 45 del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas es claro al establecer que el Cuerpo Colegiado debe declarar improcedente la reclamación cuando se presenta una causal de improcedencia prevista en el Código Procesal Civil:

“Artículo 45.- Admisión de la reclamación. El Cuerpo Colegiado se pronunciará sobre la admisión de la reclamación dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles luego de su designación o de haber sido informado del resultado de las actuaciones previas de acuerdo a lo mencionado en el artículo precedente, según sea el caso.

El Cuerpo Colegiado podrá declarar la inadmisibilidad de las reclamaciones que no sean presentadas con arreglo al artículo 43 del presente Reglamento, otorgando el plazo de cinco (5) días para subsanar.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado podrá declarar improcedentes las reclamaciones (i) presentadas por o contra empresas que no tienen la calidad de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el último párrafo del artículo 2 del presente Reglamento; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resultara aplicable”.

39. Pues bien, el Código Procesal Civil, en su artículo 446 prevé – entre otras – la siguiente excepción:

“Artículo 446.- *El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:*

(...)

13. Convenio arbitral”.

40. Sobre dicha excepción, ha explicado el profesor MONROY GÁLVEZ lo siguiente:

*“Dado que el citado convenio obliga a quienes lo acuerdan, una vez establecido no se puede renunciar a él y recurrir al órgano jurisdiccional a que resuelva el conflicto. Si así se hiciera, el demandado puede con éxito interponer la excepción de Convenio arbitral, reclamando que lo convenido en él es lo que hay que realizar para solucionar el conflicto y que en ningún caso es la vía judicial la pertinente”.*³ (Subrayado agregado).

41. En sentido similar, el profesor SIMONS ha señalado lo siguiente:

“(…) si las partes han decidido someter sus diferencias (presentes o futuras) a uno o varios árbitros, no pueden negarse a cumplir lo pactado y, en caso, se produzca un incumplimiento, el propio convenio permite activar el arbitraje sin perjuicio de ejercer la excepción de convenio arbitral en

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano. En: Themis N° 27-28, 1994, p. 128.

sede judicial (efecto negativo del convenio). En ese orden de ideas, el convenio arbitral contiene prestaciones obligaciones mixtas; **una prestación de no hacer (no recurrir a la justicia ordinaria) y, otra prestación de hacer (recurrir al arbitraje en caso surja una controversia)**”.⁴ (Subrayado agregado).

42. Como puede apreciarse, las normas aplicables y la doctrina nacional reconocen que la existencia de un convenio arbitral compromete a las partes a someterse a dicha vía para solucionar sus controversias, constituyendo una excepción válida para evitar que se continúe con el procedimiento ante el Cuerpo Colegiado.
43. Vale precisar que, si bien la excepción de convenio arbitral fue pensada en la sustracción de las partes a la jurisdicción ordinaria, es plenamente aplicable también para evitar la intervención de la autoridad administrativa.
44. Sobre el particular, es pertinente recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza del arbitraje y la obligación que tienen las autoridades administrativas de no intervenir en el mismo:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, **sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria**”⁵.
(Subrayado agregado).

45. Queda claro, entonces, que el Cuerpo Colegiado no puede resolver la presente controversia, dada la existencia del convenio arbitral en el Contrato. En otras palabras, el Cuerpo Colegiado no puede desconocer que fue voluntad de

⁴ SIMONS PINO, Adrián. Excepción de convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Coordinado por Carlos Soto y Alfredo Bullard. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 262.

⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006 (Caso Cantuarias Salaverry).

AZTECA someter sus controversias al arbitraje, compromiso que no se puede ni debe romper.

46. En ese sentido, al amparo del artículo 48 del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, proponemos la excepción de convenio arbitral y solicitamos se declare **IMPROCEDENTE** la reclamación presentada por AZTECA.

b) **FUERA DE LO FORMAL: LA COMPETENCIA MATERIAL PARA RESOLVER ESTA CONTROVERSIA LE CORRESPONDE A UN TRIBUNAL ARBITRAL Y NO AL CUERPO COLEGIADO DE OSIPTEL**

47. Aunado a lo señalado anteriormente, debemos señalar que la controversia que ha planteado AZTECA no puede resolverse mediante el mecanismo de solución de controversias que reconoce OSIPTEL. Por el contrario, la naturaleza de la controversia implica necesariamente que la misma se conozca ante un órgano jurisdiccional. En este caso, ante un tribunal arbitral.

48. Cabe resaltar que aceptamos la competencia primaria que tiene el Cuerpo Colegiado, conforme al artículo 3 del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas y al artículo 55 del Reglamento General de OSIPTEL. Sin embargo, hacemos notar que esta controversia no se enmarca dentro de aquellas materias para las cuales la ley le ha atribuido competencia al Cuerpo Colegiado.

49. En efecto, basta con revisar los artículos 49 y 53 del Reglamento General del OSIPTEL:

“Artículo 49.- Definición de Función de Solución de Controversias.

La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de EMPRESA OPERADORA.

La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente". (Subrayado agregado).

"Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

- a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.
- b) Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
- c) Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- d) Las relacionadas con tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.
- e) Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones". (Subrayado agregado).

50. En el mismo sentido puede verse el artículo 2 del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas:

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

- a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.
- b. La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
- c. El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- d. Tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.
- e. Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- f. El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios". (Subrayado agregado).

51. Como puede apreciarse, las normas que regulan la **competencia material** del Cuerpo Colegiado limitan su actuación a controversias que versan sobre materias de derecho administrativo. Ello tiene pleno sentido, considerando que toda controversia que se tramita bajo el esquema de un procedimiento administrativo trilateral necesariamente debe versar sobre un tema de derecho administrativo.

52. Del mismo parecer es el profesor MARTIN:

“La materia de dicho procedimiento [se entiende, trilateral] debe corresponder a una propia de la Administración Pública. Este requisito es de vital importancia por cuanto el conflicto de intereses suscitado entre los administrados o la administración pública y un administrado, o entre administraciones públicas, sugiere siempre una controversia respecto de la actuación de una entidad pública o de un asunto de interés público. Debe tratarse además de una materia singular, donde el objetivo a conseguir mediante el desarrollo del procedimiento administrativo especial, tiene una finalidad específica predeterminada por la norma que le da origen”⁶.
(Subrayado agregado).

53. En estos casos, la competencia material debe hallarse tomando en cuenta “los fines que tuvo en cuenta el legislador para crear el ente en cuestión y atribuirle, bajo un criterio de razonabilidad, las apuntadas facultades”.⁷ Conforme hemos visto, las normas de competencia son claras al establecer las materias de derecho administrativo que se pueden resolver ante el Cuerpo Colegiado. En un caso como el presente, **la única controversia de derecho administrativo que prevén las normas es aquella vinculada al “ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO”**.
54. Pues bien, es el caso que lo que pretende AZTECA en su reclamación no se encuentra en ninguno de dichos supuestos. En efecto, es necesario que el Cuerpo Colegiado advierta que AZTECA ya tiene garantizado el acceso y uso de la infraestructura de ENEL. Siendo ello así, **¿qué controversia con contenido administrativo pretende someter AZTECA a su conocimiento?**
55. Como hemos visto, AZTECA pretende someter a su conocimiento una controversia netamente contractual, ajena a los conflictos de derecho administrativo que reconoce el Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas.

⁶ MARTIN, Richard. El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Derecho & Sociedad, N° 17, 2001, p. 224.

⁷ AGUILAR, Óscar. Procedimiento administrativo y ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración. En: Procedimiento Administrativo. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 57.

56. Específicamente AZTECA pretende que el Cuerpo Colegiado **INTERPRETE EL CONTRATO** y se pronuncie sobre los alcances de la cláusula de contraprestación (primera y segunda pretensión principal), así como sobre el “derecho” que tendría a una devolución de la contraprestación ya pagada (pretensión accesoria a la primera pretensión principal), pese a que dicha competencia ha sido atribuida expresamente por ambas partes a un tribunal arbitral y pese a que dichas materias están fuera de las materias consideradas en el Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas. En ese sentido, lo que pretende AZTECA es vaciar de contenido la cláusula arbitral del Contrato, pues, bajo su lógica, nada se vería en dicha sede.
57. Vale la pena reiterar que AZTECA ya tiene garantizado el acceso y uso de la infraestructura de ENEL. En ese sentido, la autoridad administrativa no tiene competencia material para pronunciarse sobre cualquier otro aspecto de la relación entre AZTECA y ENEL.
58. Asimismo, vale notar que AZTECA ya ha burlado las reglas de competencia al solicitar al OSIPTEL que emita un mandato de compartición, pese a que su acceso y uso de la infraestructura estaba garantizado con el Contrato. Ahora pretende nuevamente burlar las reglas de competencia para que el Cuerpo Colegiado se pronuncie sobre una materia que no está dentro de sus competencias.
59. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que advierta que AZTECA ha activado este mecanismo de solución de controversias, pese a saber de antemano que no le corresponde al Cuerpo Colegiado la competencia material para conocer y resolver sus pretensiones, las cuales son netamente contractuales.
60. En razón de ello, pedimos que se declare **IMPROCEDENTE** la reclamación formulada (en todos sus extremos, esto es, respecto de sus dos pretensiones principales y de su pretensión accesoria a la primera pretensión principal), al amparo del artículo 45 del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas.

III.2 FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN QUE LA RECLAMACIÓN FORMULADA POR AZTECA DEBE SER DECLARADA INFUNDADA

d) RECHAZO DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL Y SU ACCESORIA: LA CONTRAPRESTACION FIJADA EN EL CONTRATO DE COMPARTICION FUE FIJADA DE FORMA LEGITIMA Y AJUSTADA AL MARCO NORMATIVO VIGENTE AL MOMENTO DE SU SUSCRIPCION.

61. Como es de conocimiento del Cuerpo Colegiado, AZTECA está pidiendo que se reconozca que la contraprestación pactada en el Contrato es excesiva (**primera pretensión principal**) y, sobre la base de ello, que se le devuelvan montos pagados en exceso (**pretensión accesoria a la primera pretensión principal**). Asimismo, solicita (**como segunda pretensión principal**) que se desconozca el límite temporal establecido en la cláusula de contraprestación para modificarla.

62. La premisa de su razonamiento se encuentra en que el valor Na (número de arrendatarios) que forma parte de la fórmula para calcular la contraprestación en el Contrato es igual a 3 y no a 1 como fue acordada por ambas partes en su momento. Asimismo, sustenta su segunda pretensión principal señalando que así lo habría dispuesto el Mandato de Participación. Al respecto, un primer tema importante que el Cuerpo Colegiado habrá advertido es que AZTECA quiere desconocer lo pactado en el Contrato y, es más, quiere desconocer que ellos accedieron voluntariamente a dicho pacto.

63. Pero AZTECA no sólo se basa en ello. Argumenta que ese valor del factor Na ha sido reconocido en la Resolución Viceministerial y en el Mandato de Participación. Pese a ello, AZTECA sostiene que ese valor del factor Na siempre fue así, de manera que las indicaciones realizadas en los informes sustentatorios de la Resolución Viceministerial y del Mandato de Participación son meramente “declarativas” de una realidad que siempre fue así.

64. Evidentemente esto es falso. Incluso si se admitiera que tanto la Resolución Viceministerial y el Mandato de Participación (ambas normas administrativas) han reinterpretado los alcances del factor Na, dicha interpretación nunca puede ser “de precisión” o “retroactiva”. Esto es un imposible jurídico: En el Derecho

Público son inadmisibles las normas retroactivas, y tampoco cabe “precisar” los alcances de una norma con efectos retroactivos. Necesariamente ambas normas citadas son innovativas y, como tal, rigen hacia adelante. Al respecto, son ilustrativas las palabras del profesor SANTAMARIA PASTOR:

“La norma que dice interpretar otra precedente no la interpreta: la innova en todo caso, por cuanto reduce a uno solo los diversos significados que puede tener el texto de la primera. En realidad, el concepto de norma interpretativa no ha sido sino un tosco artificio para burlar el principio general de irretroactividad de las leyes (en base al débil argumento de que la interpretación aportada por la nueva norma se adhiere ab origine a la norma «interpretada», rigiendo desde la fecha de vigencia de ésta, por ser una y la misma cosa).”⁸ (Subrayado agregado).

65. Sobre la base de ello, deba quedar claro que, incluso si se acepta que se ha modificado el factor Na producto de una interpretación dispuesta por el Mandato, esta interpretación debe considerarse necesariamente constitutiva o innovativa. Como tal, sus efectos rigen hacia adelante, no siendo posible su eficacia retroactiva. Caso contrario, se estaría permitiendo – en los términos de SANTAMARIA – una burla al principio de irretroactividad.
66. No contentos con ello, a fin de cerrar el círculo de su pedido para desconocer totalmente el Contrato, AZTECA pide que se declare inexigible la cláusula que prevé que la contraprestación se mantenga firme por tres años. Como podrá advertir el Cuerpo Colegiado, sólo así AZTECA puede lograr su objetivo: desconocer completamente el Contrato.
67. Pues bien, claramente lo que sostiene AZTECA no puede ampararse. En primer lugar, porque ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato que se encuentra protegido por la intangibilidad reconocida constitucionalmente en el artículo 62 de la Constitución. En segundo lugar, porque existen razones económicas y técnicas para negar que el factor Na deba ser igual a 3, de ahí que ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Ramon Aceres, 1991, p. 401.

Compartición modifican expresamente en la parte decisoria el factor Na de la fórmula de cálculo de la retribución. En tercer lugar, porque, si existiera esa modificación, sólo podría tener eficacia hacia adelante, no hacia atrás, conforme lo dice expresamente OSIPTEL y se desprende también del informe que sustenta el Mandato de Compartición y que usa AZTECA para sustentar su reclamación.

(i) Ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato

68. Conforme hemos expuesto, los pactos del Contrato se suscribieron a la luz de las normas vigentes al momento de su celebración. Ello incluye tanto la cláusula de retribución como la cláusula de solución de controversias. Sin embargo, ambas pretenden ser desconocidos por AZTECA.

69. Dicho desconocimiento implica una violación al principio de intangibilidad de los contratos que reconoce el artículo 62 de la Constitución y que las autoridades administrativas están obligadas a respetar. En efecto, el Contrato celebrado por las partes y los pactos contenidos en el mismo están amparados por lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución:

“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”. (Subrayado agregado).

70. Como puede apreciarse, el primer párrafo de dicha norma garantiza la libertad de contratar y la libertad contractual de las partes. En ese sentido, las partes de un contrato son libres de decidir si contratan o no y, a su vez, son libres de determinar el contenido del contrato, siempre teniendo como límite las normas vigentes al momento de la celebración del Contrato.
71. Ahora bien, el mismo texto constitucional añade con contundencia que *"los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".* Se garantiza así que los pactos celebrados por las partes de un contrato no se vean afectados por la entrada en vigencia de normas posteriores.
72. El fundamento de dicha norma se encuentra en la seguridad jurídica, entendida como el principio que garantiza la confiabilidad, calculabilidad y predictibilidad en el ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe recordar lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional:

"(...) la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no exista un reconocimiento expreso, el Tribunal ha destacado que su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como el párrafo a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución ["Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"], y otras de alcance específico, como la que expresa el párrafo f) del inciso 24) del artículo 2 ["Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley], o el inciso 3) del artículo 139° de la Ley Fundamental ["Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación"] (SIC 0016-2002-

AI/TC, Fund. N° 4)]. Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria".⁹ (Subrayado agregado).

73. En ese sentido, siguiendo a la mejor doctrina, una afectación a la seguridad jurídica implica vulnerar la *confiabilidad* de las personas (que actuaron sobre la base del marco normativo vigente al momento de tomar decisiones como contratar) y su *calculabilidad* sobre la actuación de los poderes públicos¹⁰ en el sentido que éstos respetaran la Constitución, la ley y los pactos que suscriben los privados.
74. En el marco de los contratos, esa seguridad jurídica parte de la premisa que, si las partes pactan teniendo como marco de referencia un ordenamiento jurídico dado, no puede luego imponérseles un marco normativo que no tuvieron como referencia en un primer momento.
75. Comentando dicha norma en concordancia con el artículo 1354 del Código Civil que sigue la misma línea, el profesor DE TRAZEGNIES tiene escrito lo siguiente:

*"La regla del artículo 1354 ha dado lugar a jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que no sólo la formación del contrato debe ceñirse a lo dispuesto por las reglas vigentes al tiempo del contrato, sino que, como consecuencia de ello, sus cláusulas deben también interpretarse posteriormente de acuerdo a tales normas vigentes en ese entonces (Casación 1132- 2002. Lima, 31 enero de 2003). De esta forma, la Corte Suprema ha confirmado que **los contratos no pueden estar***

⁹ Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 10-2014-PI/TC.

¹⁰ Sobre los estados ideales o valores (cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad) que promueve el principio de seguridad jurídica, ver AVILA, Humberto. Indicadores de seguridad jurídica. En: I Congreso Bienal sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica, Girona, 2013, p. 3: "(...) se puede definir la seguridad jurídica como una norma-principio que exige, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurisdiccional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de —sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad— plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro".

sujetos a intervenciones legales del Estado que se produzcan durante su ejecución, ni aun por la vía de la interpretación¹¹. (Subrayado agregado).

76. En ese sentido, es claro que la norma constitucional impide que normas posteriores modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. No existe aplicación retroactiva de las normas que pueda interferir en los contratos. **En el caso concreto, ello quiere decir que el Cuerpo Colegiado no puede amparar las pretensiones de AZTECA que buscan aplicar retroactivamente lo que supuestamente han establecido la Resolución Viceministerial y el Mandato de Compartición.**
77. Reiteramos que el fundamento de ello se encuentra en la seguridad jurídica, es decir, en la consideración hacia las partes sobre el marco jurídico que tomaron en cuenta al momento de celebrar el contrato. Una solución diversa que permitiera la intervención sobre el contenido del contrato implicaría defraudar las expectativas de las partes.
78. Sobre la base de ello, se ha dicho lo siguiente:

*“Los contratantes, en consecuencia, solo deben tomar en consideración el marco legal vigente al momento de la celebración del contrato. Las decisiones políticas que en el futuro tomen las autoridades no pueden afectar los acuerdos adoptados por los contratantes en el presente o en el pasado.”*¹² (Subrayado agregado).

79. Esta es la interpretación que consideramos debe realizarse del artículo 62 de la Constitución en el sentido que es una garantía absoluta de la libertad contractual frente a las leyes posteriores, las cuales no pueden afectar el contenido de un contrato que ha sido celebrado sin violar las normas vigentes a la fecha de su celebración.

¹¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En: Themis-Revista de Derecho, N° 49, 2004, p. 27.

¹² ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo. La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. En: Ius et Veritas, N° 46, 2013, p. 122.

80. En el caso concreto, ello implica que el Contrato no puede verse afectado por los cambios generados por la Resolución Viceministerial o por el Mandato de Compartición. **Especialmente cuando el mismo AZTECA y ENEL pactaron que recién luego de transcurridos tres años se podría modificar la retribución en virtud de la nueva normativa vigente.** Es decir, las mismas partes advirtieron el riesgo de la aparición de un nuevo marco normativo y pactaron con miras a asegurarse sobre ese riesgo. **¿Cómo puede entonces desconocerse dicho pacto? Ciertamente AZTECA pretende desconocerlo. Sin embargo, es el Cuerpo Colegiado quien no debe permitirlo.**
81. Ahora bien, cierto sector de la doctrina ha señalado que el artículo 62 de la Constitución tiene como límite las *normas imperativas*, como podría ser el caso de la Resolución Viceministerial. Es decir, las normas posteriores imperativas sí podrían afectar el contenido de contratos anteriormente celebrados; mientras que las normas posteriores supletorias o dispositivas serían las que no podrían afectar el contenido de los contratos.
82. **Esta lectura restrictiva es inaceptable por privar de contenido al artículo 62 de la Constitución.** La razón se encuentra en la naturaleza misma de las normas (imperativas o supletorias). Las normas supletorias por naturaleza son disponibles, es decir, las partes pueden pactar en contrario si así lo desean.
83. Entonces, si el artículo 62 de la Constitución se refiere sólo a las normas supletorias, sería una norma superflua e irrelevante. En efecto, aun cuando no existiera el artículo 62, las partes siempre han podido apartarse de las normas supletorias. Ninguna norma supletoria posterior podría afectar el contenido del contrato porque, por naturaleza, es una norma que las partes pueden dejar de lado.
84. En ese sentido, **el artículo 62 de la Constitución sólo tiene sentido si se refiere a normas imperativas, pues sólo estas pueden afectar el contenido de los contratos.** Esta posición ha sido recientemente sostenida en la doctrina nacional, en posición que compartimos:

“El artículo 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales.

¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato? Desde una perspectiva teórica, solo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes decidan.

(...)

Como quiera que las normas dispositivas no pueden per se alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el artículo 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que solo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra solo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el artículo 62 de la Constitución no afecta”¹³. (Subrayado agregado).

85. Sobre la base de ello es que también debe darse una lectura restrictiva al artículo 1355 del Código Civil, en el sentido que ninguna norma – ni por razones de interés social – puede modificar el contenido de un contrato que haya sido celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma.
86. En atención a lo expuesto, reiteramos que el artículo 62 consagra la intangibilidad del Contrato y, por ende, de los pactos que se encuentran en el mismo.

¹³ ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo. La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. En: *Ius et Veritas*, N° 46, 2013, pp. 121-122.

87. **En el caso concreto, ello implica que el Cuerpo Colegiado debe declarar infundadas todas las pretensiones de AZTECA, dado que todas parten de la premisa que el Contrato puede ser modificado (y lo que es peor, retroactivamente) por la Resolución Viceministerial y el Mandato de Compartición.**
88. **Conforme hemos visto, ello no sólo representa un despropósito, sino una clara violación al artículo 62 de la Constitución que el Cuerpo Colegiado no puede ni debe permitir al momento de resolver este procedimiento.**
89. Por las razones expuestas, pedimos al Cuerpo Colegiado que – en caso se pronuncie sobre el fondo – declare **INFUNDADAS** las pretensiones planteadas por AZTECA en todos sus extremos.
- (ii) Es imposible que pueda admitirse que el valor del número de arrendatarios (Na) sea fijado en tres (3)**
90. De otro lado, en el supuesto negado que se admita que el Mandato de Compartición “modificó” el valor Na, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) existen razones económicas y técnicas que sustentan que el valor del Na no debe ser equivalente a 3 como sostiene AZTECA; y, (ii) ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición han establecido expresamente dicho valor en su parte decisoria, como erróneamente asume AZTECA.
91. Conforme hemos precisado, la reclamación de AZTECA parte de una supuesta incorrecta aplicación de las normas de compartición, en específico del valor del “Numero de Arrendatarios” (“Na”), contenido en la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley 29904.
92. La variable “Na” se encuentra incluida en la fórmula que ha sido utilizada como referente metodológico para calcular los costos incrementales asociados al arrendamiento de un espacio en los postes de las concesionarias eléctricas o de hidrocarburos, con la finalidad de permitir la colocación de un medio de transmisión para los servicios de telecomunicaciones.

93. Así, una de las pretensiones de AZTECA se sustenta en que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador "Na" se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable para todos los casos debió tener un valor igual a tres (3). Al respecto, debemos ser enfáticos en señalar que lo argumentado por AZTECA incurre en una serie de imprecisiones además de jurídicas, también económicas y técnicas.
94. En efecto, lo solicitado por AZTECA – y que fue erróneamente aceptado por el OSIPTEL en el Mandato de Compartición, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N ° 63-2018-CD/OSIPTEL- no considera que la interpretación del parámetro Na dentro del Mandato de Compartición desvincula la contraprestación mensual de los criterios de costo incremental y costo de operación y mantenimiento. Veamos.
95. En la medida que existe un componente de costo fijo en el costo de la operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación del tendido de red, como aquellos costos generados por el personal administrativo, seguros, o supervisión; el costo incremental presentará una tendencia decreciente conforme aumenten los números de cables instalados.
96. De esta forma, siempre que se asume que existen tres (3) arrendatarios colgados en nuestra infraestructura, en aquellos casos en los que el supuesto no se dé, el operador de telecomunicaciones retribuirá solo una porción de los costos fijos en los que incurrimos para la prestación del servicio. ¿Qué representa ello en términos económicos? **Una pérdida irreparable para ENEL.**
97. Efectivamente, algo que pasó desapercibido para el OSIPTEL, al momento de emitir el Mandato de Compartición entre ENEL y AZTECA, fue que, al igualar el número de arrendatarios con el número de espacios en los postes o torres de las redes eléctricas, no se tomaba en cuenta que el OPEX de la infraestructura de redes eléctricas tiene un componente fijo que no depende del número de espacios que puedan arrendarse.

98. De esta forma, debe analizarse que la determinación del Na en el Mandato de Compartición no consideró criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones. Por ejemplo, no se evidenció en el procedimiento de la emisión del mandato el análisis de aquellos casos donde, producto de la baja densidad poblacional, los operadores de telecomunicaciones no requieran arrendar todos los espacios disponibles (estimado en tres) en la red de transmisión y distribución de los concesionarios de servicio eléctrico.
99. En efecto, y como ya hemos adelantado, el mandato ha sido emitido centrándose únicamente en la oferta de espacios disponibles; asumiéndose que la demanda cubrirá la forzada capacidad instalada para la prestación del servicio. **¿La consecuencia?** Pues que la porción no retribuida de los costos fijos tendrá que ser asumida por el arrendador (ENEL, en este caso), afectándose la eficiencia distributiva en el mercado, puesto que no se lograría cubrir el OPEX incremental vinculado al servicio de telecomunicaciones.
100. Por otro lado, la “regla” de que el número de arrendatarios es igual a tres carece de sustento técnico, de forma tal que suponer que en todos los casos la infraestructura de ENEL podrá soportar a un total de tres (3) arrendatarios y “obligarnos” a ello, podría representar potenciales incumplimientos en materia técnica- regulatoria. Veamos.
101. Como es de vuestro conocimiento, ENEL se encuentra sujeta a diferente regulación vinculada a medidas mínimas de seguridad. Entre las principales se encuentra el Código Nacional de Electricidad Suministro 2011, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM-DM, (en adelante, “Código de Electricidad”), el mismo que en su Sección 1 regula dentro de las reglas generales:

Código Nacional de Electricidad – Suministro 2011

012.C. *Con respecto a los detalles no incluidos en estas reglas, el diseño, la construcción, operación y el mantenimiento deberán ser efectuados de*

conformidad con métodos aprobados y reconocidos apropiados a las condiciones locales y serán informados con debida anterioridad a los responsables de la aprobación, supervisión, construcción o del mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico o de comunicaciones y de los equipos. (Subrayado propio).

102. Siendo ello así, ENEL a la fecha viene aplicando los métodos establecidos en la **Guía LI-2-550 ENEL**, la misma que establece que la distancia máxima permitida entre el conductor y la fibra óptica es de 2,3 metros. De esta forma, conforme a los estándares fijados por la citada guía no sería posible que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios, toda vez que dicha instalación supondría contravenir la distancia máxima permitida.
103. Pero no solo eso. Otra de las consecuencias que tendría la instalación de dos o más fibras sobre las estructuras de alta tensión de ENEL son los potenciales incumplimientos a las medidas de seguridad, también regulados por el Código Nacional de Electricidad. En efecto, un supuesto que no debió pasar desapercibido para el OSIPTEL es que la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión dificulta y eleva exponencialmente el riesgo de accidentes en los trabajos de mantenimiento de nuestras redes de alta tensión, siempre que – como es evidente- se estaría bloqueando el ingreso a la parte superior del poste.
104. De esta forma, resulta evidente que en el análisis del valor Na si bien pudo haberse efectuado un ejercicio económico, queda claro que, desde la perspectiva técnica-regulatoria vinculada a nuestro sector, no se ha cumplido con analizar a detalle los costos, cargas y consecuencias de asignar arbitrariamente que el valor del Na será, en todos los supuestos, igual a tres.
105. Probablemente por ello es que ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición modifican expresamente el valor Na. En efecto, la fórmula prevista en el Reglamento sigue manteniendo la referencia al valor Na sin que se advierta una equivalencia a un número determinado. Implícitamente se reconoce así que no se trata de un valor estático.

106. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que advierta que la premisa de la cual parte AZTECA para sustentar sus pretensiones presenta deficiencias legales, económicas y técnicas. Precisamente por ello es que el Mandato de Compartición se encuentra en discusión en sede judicial, a fin de que se corrijan dichos errores.

107. Lo más grave es que AZTECA pretende que ello sea aplicado retroactivamente, lo cual no sólo resulta un imposible legal (dada la prohibición del artículo 103 de la Constitución¹⁴ y de los artículos 16 y 17 del TUO de la LPAG¹⁵), sino también un despropósito económico y técnico.

108. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare **INFUNDADAS** las pretensiones de AZTECA.

(iii) Aun si se admitieran las modificaciones, sus efectos solo operan desde la aprobación del Mandato de Compartición

109. Ahora bien, sin perjuicio de los argumentos anteriormente expuestos, y en el supuesto negado en el cual se mantenga lo precisado por el Mandato de Compartición respecto a que el valor Na es igual a tres (3) y que el plazo de vigencia de la contraprestación no puede ser establecido en 3 años; lo cierto es que dichas modificaciones sólo pueden tener efectos desde la fecha en la que el Mandato de Compartición fue emitido y no, como alega AZTECA, desde una fecha incluso anterior. Nos explicamos.

¹⁴ **Artículo 103**

"(...) 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".

¹⁵ **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.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Artículo 17.- Eficacia anticipada del acto administrativo

17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.

17.2 También tienen eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda.

110. Recordemos, como lo hace este Cuerpo Colegiado en el fundamento 12 de la Resolución de admisión a trámite. El Mandato es una norma, y como tal, irretroactiva. Tan norma como lo es la Resolución Viceministerial. Una primera razón constitucional que valida la afirmación que hacemos la encontramos en el artículo 103 de la Constitución que expresamente establece lo siguiente:

Artículo 103

"(...) 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".

111. La norma constitucional consagra así el principio de irretroactividad de las normas (tanto de la Resolución Viceministerial como del Mandato). Como bien ha precisado el profesor LÓPEZ MENUDO, el referido principio contiene un mandato al intérprete que, en este caso, el Cuerpo Colegiado no puede ignorar:

"(...) contiene un mandato dirigido exclusivamente al intérprete por el que le ordena presuma que la ley no tiene el más mínimo efecto retroactivo; sólo la norma, expresa o tácitamente, puede desvirtuar esa inicial presunción lo que, por demás sucederá en la mayoría de los casos. Por tanto, el concepto de retroactividad, abstractamente considerado, es para el intérprete, en principio, el más lato de los posibles; sólo la norma podrá corregir el carácter absoluto de esta regla".¹⁶ (Subrayado agregado).

112. Pues bien, ninguna norma legal ni mucho menos la Resolución Viceministerial, y por cierto, tampoco el Mandato, disponen la eficacia retroactiva de la declaración incidental que se hizo en el informe que sustentó la referida resolución, respecto del valor atribuible al factor Na. En ese sentido, rige plenamente la irretroactividad que pretende desconocer AZTECA.

¹⁶ LOPEZ MENUDO, Francisco. El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982, p. 62.

113. Queda claro, entonces, que la Resolución Viceministerial no puede tener efectos retroactivos, a menos que se pretenda su aplicación en contra de la Constitución, lo cual constituye un despropósito.
114. Ahora bien, siendo que, como OSIPTEL lo señala, el Mandato es un instrumento de naturaleza normativa, entonces es irretroactivo, al aplicársele el artículo 103° de la Constitución.
115. Sin embargo, en el supuesto negado en que se sostenga que el Mandato de Compartición es un acto administrativo, éste se somete a las reglas de eficacia de todo acto, es decir, surte efectos desde su notificación, conforme el artículo 16 del TUO de la LPAG.
116. En efecto, como bien enseña el maestro MUÑOZ MACHADO, la regla en los actos administrativos también es la IRRETROACTIVIDAD:

*“La circunstancia de que los actos administrativos produzcan efectos «desde la fecha en que se dictan», que subraya el artículo 39.1 LPAC, **determina que sus consecuencias jurídicas de todo orden no se proyectan hacia el pasado, es decir, que son irretroactivos con carácter general.** Dada la fuerza ejecutiva que siempre tienen, y la circunstancia de que generen por sí mismos deberes y obligaciones, la seguridad jurídica obliga a que no esté habilitada la Administración para remover situaciones o derechos consolidados en el pasado. La irretroactividad de los actos es una consecuencia del principio de seguridad jurídica, como también lo es la regla de la irretroactividad de las normas”.*¹⁷ (Subrayado agregado).

117. Ciertamente, aun cuando se afirma la retroactividad de los actos administrativos, esto sólo aplica de forma excepcional y en los supuestos delimitados por ley:

“Los supuestos a que se contrae, por tanto, la posible retroactividad, son dos: a) que los actos se dicten en sustitución de otros anulados; y b) que los actos produzcan efectos favorables al interesado y concurren además las circunstancias complementarias que exige el precepto transcrito.

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. 2da edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 93.

(...)

Respecto de la retroactividad de los actos que producen efectos favorables al interesado, debe observarse el límite, que acaba de indicarse, de que con la retroactividad no se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas.¹⁸ (Subrayado agregado).

118. De ello se debe concluir que legalmente es imposible sostener la tesis de la eficacia retroactiva que pretende AZTECA, dado que no se encuentra en ninguno de los supuestos excepcionales. Ahora bien, vale mencionar que a esta misma conclusión se arriba si se lee atentamente el Mandato de Participación que AZTECA pretende usar sesgadamente. Nos explicamos.
119. Conforme hemos expuesto, el 05 de agosto de 2017 fue publicada la Resolución Viceministerial, la misma que modificó diferentes variables de la fórmula contemplada en el Anexo N ° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (en adelante, "Fórmula"). De esta forma, entre las modificaciones contempladas, se modificó la variable "f" de la Fórmula.
120. La variable "f" es la ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida; así, dicha variable es asumida por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas, conforme a lo precisado por el MTC en el Informe N ° 292-2017-MTC/26.¹⁹ El citado informe añade además que para la actualización de la variable se tomó en cuenta el número de arrendatarios del criterio por espacio (03) y, consecuentemente, se modificó el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso.
121. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Resolución Viceministerial, precisó que para la actualización de la variable "f" se iba a asumir que un poste o torre puede soportar hasta tres (03) cables de fibra óptica:

¹⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. 2da edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 94.


¹⁹ A través del cual se sustentó la propuesta de modificación de las variables "m" y "f" de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N ° 29904.

"Para el cálculo de la variable "f" utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, se considera que un poste /torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica. (...)" (Subrayado añadido)

122. De esta forma OSIPTEL, en el Informe N ° 065-GPRC/2018 que sirvió de sustento para la emisión del Proyecto del Mandato de Participación, develó cómo interpretaba la relación entre la variable "f" y el "Na", señalando:


En conclusión, el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03) debido a que el valor del parámetro "f" fue dimensionado bajo la premisa de que la infraestructura soportará tres (03) cables de fibra óptica, lo cual se fundamenta en la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 y su Informe sustentatorio, así como, en la normativa aplicable.

123. Como puede apreciarse, para el Organismo Regulador es claro que el valor de Na se encuentra determinado por los criterios que se hayan tomado para fijar el valor de "f". En ese sentido, debe quedar claro que para el OSIPTEL existe un criterio de dependencia que rige a ambas variables; razón por la cual, la variación del Na solo responderá a la variación de "f" al evidenciarse una correspondencia de causa y efecto:


	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 03 de 109

Este criterio de orientación a costos económicos eficientes la determinación de la contraprestación, no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico, tal como se ha observado en los distintos mandatos emitidos. Ese criterio no cambia. Lo que cambia son los valores de los parámetros de la fórmula, tal como ocurrió en agosto del 2017, y el valor del "Na" dependiendo el número de arrendatarios que fueron considerados para dimensionar el costo incremental total, reflejado en el valor del parámetro "f", evidenciándose una correspondencia de causa y efecto. Es decir, lo que se ajusta es la implementación de la metodología aprobada para fijar la contraprestación a costo económico eficiente y atribuirlo a cada arrendatario.

124. De esta forma, advertimos que **bajo ningún supuesto sería viable que el valor de Na haya sido tres (3) en un periodo anterior a la modificación de los valores “f” y “m” de la Fórmula**; modificaciones que, como sabemos, se dieron con la emisión de la Resolución Viceministerial en agosto de 2017.
125. Al respecto debemos ser enfáticos y, si se quiere, reiterativos; ello no es una interpretación libre y caprichosa, sino un hecho que incluso ha sido reconocido por el propio OSIPTEL, quien con un ejemplo bastante gráfico demuestra lo que advertimos:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 03 de 109
<p>Ahora supongamos que nuevamente, a través de una resolución viceministerial, se modifica nuevamente el parámetro “f”, y que en esta oportunidad el valor fijado es el valor publicado en el proyecto de febrero del 2017, es decir un “f” = 5.8% el cual considera el costo incremental de un arrendatario. La implementación de la fórmula con este cambio en el parámetro “f”, llevaría a considerar de ahí para adelante un “Na” = 1, manteniendo el criterio referido anteriormente, de que la renta mensual que debe pagar el arrendatario este orientado al costo económico incremental, atribuible y generado por dicho arrendatario.</p>		

126. Como puede leerse de la cita presentada, OSIPTEL refiere que, si en un caso hipotético, a través de una Resolución Viceministerial se modificara nuevamente el parámetro “f”, retornándose, por ejemplo, al valor fijado para febrero de 2017 (5.8%), la implementación de la Fórmula con dicho cambio **llevaría a considerar de ahí para adelante** un Na = 1”.
127. En la misma línea se ha pronunciado en el Informe N ° 123-GPRC/2018 que sustentó la Resolución 63-2018-CD/OSIPTEL, emitida en el marco del procedimiento de emisión del Mandato de Participación de Infraestructura entre ENEL y AZTECA, seguido bajo el Expediente N ° 06-2017-CD/GPRC/MC:

	
INFORME	N° 00123-GPRC/2018 Página 52 de 53
<p>De otro lado, en relación a lo manifestado por ENEL respecto de que la variable "Na" se ha convertido en una constante, se debe señalar que desde el punto de vista conceptual, el hecho que una variable tome el mismo valor en diferentes momentos del tiempo, no la convierte en una constante "per se", ya que queda latente la posibilidad de que pueda tomar otros valores en algún momento. Este es el caso, de la variable "im" correspondiente a la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable, la cual para efectos del cálculo de las contraprestaciones mensuales, se ha tomado el valor mensualizado de la tasa del 12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas, actualmente vigente. Como se observa, dicha variable "im" también ha tomado el mismo valor en diferentes momentos del tiempo (desde la primera determinación de contraprestación mensual al amparo de la Ley N° 29904 hasta la actualidad); no obstante, quedando siempre latente la posibilidad de que pueda tomarse otro valor en algún momento, debidamente sustentado.</p>	

128. Como puede advertirse, en dicha oportunidad el OSIPTEL reconoció que el hecho de que una variable tome el mismo valor en diferentes momentos del tiempo "no la convierte en una constante per se", sino que siempre "queda latente la posibilidad de que pueda tomar otros valores en algún momento". Con ello, quedaría demostrado que el valor de Na no es un valor fijo, sino que responde a las actualizaciones de la Fórmula y su variable "f".
129. Ello no hace más que comprobar que lo pretendido por AZTECA, esto es, que el valor de Na fue siempre tres, no es correcto; puesto que, aún en el supuesto negado en el que el valor de Na fuera tres, su fijación habría ocurrido solo como consecuencia de la variación de la variable "f", la misma que se dio con la emisión de la Resolución Viceministerial en agosto de 2017.
130. Por ello, reiteramos nuestro pedido para que el Cuerpo Colegiado declare **INFUNDADAS** las pretensiones de AZTECA en todos sus extremos.
- (iv) **Respecto de la pretensión accesoria de AZTECA a la primera pretensión principal: No procede jurídicamente devolución alguna de dinero a Azteca.**
131. Conforme hemos señalado, **no puede ampararse la primera pretensión principal de AZTECA, dado que – incluso si se aceptara la modificación del**

valor Na a 3 – dicho cambio opera desde el Mandato de Compartición, con eficacia hacia adelante, nunca retroactiva.

132. Lo expuesto se fundamenta en lo señalado por mismo Cuerpo Colegiado y OSIPTEL, en el sentido que el Mandato de Compartición tiene una naturaleza normativa que hace que le resulte aplicable la regla de irretroactividad que prevé la Constitución.
133. Asimismo, conforme hemos explicado, el mismo análisis que da lugar al Mandato de Compartición, nos permite concluir que el mismo cobra eficacia recién con su emisión, negándose total y absolutamente que la modificación del valor Na pueda haber sido efectiva desde la firma del Contrato.
134. En ese sentido, considerando que la pretensión accesoria depende de la suerte de su primera pretensión principal, **no cabe reconocer esta pretensión accesoria, dado que los montos fueron correctamente pagados, en el entendido que el cambio opera hacia adelante y nunca de forma retroactiva.**
135. En efecto, considerando que el supuesto cambio del valor Na opera recién con la emisión del Mandato de Compartición, la contraprestación pactada de mutuo acuerdo en el Contrato resulta plenamente válida. En tal sentido, los pagos que se hicieron respetando dicho acuerdo son pagos igualmente válidos.
136. En ese entendido, carece totalmente de fundamento que se pretenda una devolución de pagos que fueron realizados conforme al Contrato, cuya cláusula de contraprestación no ha sido declarada inválida en ningún momento.
137. Por estas razones, solicitamos al Cuerpo Colegiado que declare también **INFUNDADA** la pretensión accesoria a la primera pretensión principal formulada por AZTECA en su reclamación.

III.2 RECHAZO EN TODOS SUS EXTREMOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: NO ES POSIBLE JURIDICAMENTE DECLARAR LA INEXIGIBILIDAD DEL PLAZO DE VIGENCIA DE LA CONTRAPRESTACION PACTADA ENTRE AZTECA Y ENEL

138. Como podrá advertir el Cuerpo Colegiado, lo señalado anteriormente resulta plenamente aplicable al análisis de esta pretensión, en la medida que nuevamente AZTECA pretende desconocer lo pactado libremente en el Contrato. En ese sentido, a dichos argumentos nos remitimos para solicitar que esta pretensión se declara infundada también.
139. En efecto, en primer lugar, es aplicable aquí también el artículo 62 de la Constitución que consagra la intangibilidad de los contratos. Considerando ello, es imposible que el Mandato de Participación pueda modificar el Contrato válidamente celebrado.
140. Vale notar además que en ningún momento se ha hecho mención a alguna norma legal o reglamentaria que prohíba un pacto como el previsto por ambas partes en el Contrato. En efecto, el pacto mediante el cual se estableció la vigencia por tres años de la contraprestación resulta ser un pacto plenamente válido al amparo de las normas vigentes.
141. En ese sentido, lo que pretende AZTECA es que se desconozca su propia voluntad al momento de celebrar el Contrato. Cabe agregar que el Contrato fue producto de una larga negociación, en donde ambas partes ejercieron plenamente y sin restricciones su libertad contractual. Es más, conforme hemos indicado anteriormente y queda acreditado con los correos electrónicos que acompañamos al presente escrito (Anexo 1-A), AZTECA estuvo de acuerdo expresamente con la cláusula que ahora pretende desconocer. De ahí que la pretensión de AZTECA implique un actuar contra sus propios actos que el Cuerpo Colegiado no debe permitir.
142. Del mismo modo, es pertinente mencionar que es recién con el Mandato de Participación que se modifica la cláusula de contraprestación para eliminar la referencia al plazo de vigencia de la contraprestación. Si bien estamos en

desacuerdo con ello y por eso hemos pedido la nulidad del Mandato ante el Poder Judicial, AZTECA no puede desconocer que es recién con el Mandato que expresamente se modifica la cláusula.

143. En ese sentido, **necesariamente ha de entenderse que dicho cambio rige hacia adelante. Así lo reconoce el mismo Mandato y lo ha reconocido OSIPTEL al establecer que la naturaleza normativa del mandato hace aplicable la regla de irretroactividad.**
144. No cabe, pues, aplicar dicho cambio expreso de forma retroactiva como pretende AZTECA. Hemos dicho ya que ningún cambio es meramente declarativo, sino necesariamente constitutivo e innovativa de la realidad. Como tal, su eficacia es siempre hacia adelante.
145. Por dichas razones es que carece totalmente de fundamento pretender desconocer la cláusula pactada.
146. En virtud de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare INFUNDADA también la segunda pretensión principal planteada por AZTECA en su reclamación.

POR TANTO: Solicitamos al Cuerpo Colegiado que tenga por presentada nuestra contestación a la reclamación formulada por AZTECA la cual negamos y contradecimos en todos sus extremos, debiendo la misma ser declarada IMPROCEDENTE y/o INFUNDADA.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos advertir que en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2018-CCO/OSIPTEL se ha cometido un error material en el numeral 3 al consignar las pretensiones de AZTECA. Incorrectamente se ha considerado la existencia de una “pretensión subordinada a la primera pretensión principal”, pese a que la misma fue planteada por AZTECA como “pretensión accesoria”, conforme se desprende del numeral 1.2 de su reclamación. En atención a ello, solicitamos se corrija dicho error material a fin de no perjudicar el trámite del presente procedimiento.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Sin perjuicio de haber absuelto el traslado de las pretensiones formuladas por AZTECA, cumplimos con advertir que el pedido de dicha empresa **se sustenta en un acto controvertido ante el Poder Judicial, y por tanto EL CUERPO COLEGIADO DEBE SUSPENDER EL PROCEDIMIENTO**, en atención a los siguientes fundamentos:

1. Es importante que el Cuerpo Colegiado tome en cuenta que las pretensiones de AZTECA se sustentan en el Mandato de Participación que emitió el Consejo Directivo de OSIPTEL.
2. En efecto, para argumentar la supuesta precisión en la fórmula para calcular la contraprestación, AZTECA se basa tanto en el Informe de la Resolución Viceministerial, como en el referido Mandato de Participación emitido por OSIPTEL. Asimismo, para argumentar su pretensión sobre la aplicabilidad del plazo de vigencia de la contraprestación pactada, AZTECA nuevamente se basa en el Mandato de Participación.
3. En ese sentido, debe considerarse que existe una directa, estrecha e íntima vinculación entre las pretensiones de AZTECA y el Mandato de Participación emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL.
4. Pues bien, dicho ello, es necesario considerar que el referido Mandato de Participación se encuentra actualmente en cuestionamiento ante el Poder Judicial. En efecto, conforme hemos precisado en los fundamentos de hecho del presente escrito, el 23 de agosto de 2018 se interpuso una demanda contencioso administrativa contra OSIPTEL y AZTECA para que se declaren nulas las Resoluciones de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL y N° 128-2018-CD/OSIPTEL y, en consecuencia, sin efecto el Mandato de Participación.
5. En ese sentido, vale resaltar que, a la fecha, la demanda de ENEL ha sido admitida a trámite y el proceso se encuentra en curso bajo el Expediente N° 9124-2018 ante el Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.

6. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que advierta que el Mandato de Compartición que sirve de sustento para las pretensiones de AZTECA se encuentra actualmente en revisión judicial. En efecto, de resultar fundada nuestra demanda, dicho Mandato de Compartición será declarado nulo y, como tal, privado de sus efectos. Si ello ocurre, las pretensiones que AZTECA ha planteado en el presente procedimiento se quedarán totalmente sin fundamento.
7. En tal sentido, consideramos que el presente procedimiento no debe continuar, por lo menos hasta que culmine el proceso judicial al que hemos hecho referencia, en el cual se discute la legalidad del Mandato de Compartición.
8. En términos concretos, solicitamos que el Cuerpo Colegiado tome en cuenta que está en la obligación de suspender el procedimiento conforme lo manda el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.

Artículo 13.- Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso. (Subrayado agregado).

9. La norma citada es perfectamente aplicable al caso por las siguientes razones:
 - a) El proceso judicial contencioso administrativo en curso tiene como propósito evaluar la legalidad del Mandato de Compartición. Si la demanda es declarada fundada, el referido mandato será declarado nulo y quedará sin efecto;

- b) Las pretensiones de AZTECA en su reclamación dependen, precisamente, del Mandato de Compartición; y,
 - c) En razón de lo anterior, la legalidad del Mandato de Compartición es esencial para evaluar el sustento de las pretensiones de AZTECA. Dicho de otro modo, el “pronunciamiento previo” del Poder Judicial es tan esencial que el presente procedimiento “no puede ser resuelto” sin que se resuelva aquél.
10. Lo expuesto demuestra que, en el caso concreto, corresponde que el Cuerpo Colegiado suspenda el procedimiento hasta que exista un pronunciamiento firme en sede judicial. La razón detrás de ello es que el procedimiento administrativo no puede seguir hasta emitir una decisión que, eventualmente, podría estar sustentada en un acto que termine declarándose nulo.
11. De no suspenderse el procedimiento conforme lo manda la Ley Orgánica de Poder Judicial, se incurrirá en una causal de nulidad conforme al artículo 10 del TUO de la LPAG.
12. Pero no sólo ello, sino que se afectaría también nuestro derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, como bien lo ha señalado nuestra Corte Suprema en la Sentencia de Casación N° 870-2011-LA LIBERTAD del 21 de marzo de 2013:

“La apreciación conjunta de estas normas permite desprender entonces que la ratio que las justifica estriba en el hecho de evitar que la Administración pueda avocarse a decidir directa o indirectamente sobre asuntos que son objeto de conocimiento de los órganos del Poder Judicial; y ello debido a que una práctica como esta (...) implicaría una vulneración al derecho a la tutela procesal efectiva de quienes a pesar de haber sometido un asunto a la jurisdicción del Poder Judicial, se ven afectados por actos de la Administración que desconocen los alcances del litigio en trámite, actuando en contra de los intereses discutidos en el proceso”

jurisdiccional sin existir una decisión firme que los dilucide". (Subrayado agregado).

13. Sobre la base de lo expuesto, pedimos al Cuerpo Colegiado que, en caso no declare improcedente la reclamación conforme lo hemos solicitado, SUSPENDA el procedimiento hasta que culmine con sentencia firme el proceso contencioso administrativo seguido contra OSIPTEL y AZTECA, en donde se discute la validez del Mandato de Compartición.

TERCER OTROSI DECIMOS: Cumplimos con adjuntar en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:

Anexo 1-A Correos electrónicos cursados entre AZTECA y ENEL en noviembre de 2015.

Anexo 1-B Cargo de presentación de la demanda contencioso administrativa presentada contra OSIPTEL.

Anexo 1-C Resolución que admite a trámite la demanda contencioso administrativa presentada contra OSIPTEL.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Nos reservamos el derecho de ampliar nuestros argumentos en posteriores escritos.

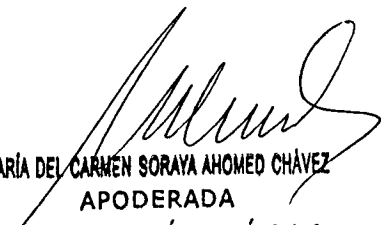
QUINTO OTROSI DECIMOS: De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 124 del TUO de la Ley 27444, autorizamos a los señores; **RAMÓN ALBERTO HUAPAYA TAPIA**, identificado con DNI 40086784; **NÉSTOR RAÚL SHIMABUKURO TOKASHIKI**, identificado con DNI 41379326; **OSCAR ALBERTO ALEJOS GUZMÁN**, identificado con DNI 45859945; y, **SEBASTIÁN ORREGO RODRÍGUEZ-CADILLA**, identificado con DNI 74061958, para que puedan, de manera conjunta o indistinta, revisar el expediente; tomar nota de su contenido; solicitar, presentar o recabar documentos o copias simples o certificadas; asistir a audiencias; presentar argumentos orales o escritos; interponer recursos administrativos o reclamos en queja;

y realizar cualquier otro trámite o gestión vinculado al presente procedimiento, en nuestra representación.

SEXTO OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos se nos conceda el **USO DE LA PALABRA EN AUDIENCIA**, para lo cual autorizamos a nuestros abogados: **RAMÓN ALBERTO HUAPAYA TAPIA**, con Registro CAL 40204; **NÉSTOR RAÚL SHIMABUKURO TOKASHIKI**, con Registro CAC 9897; **OSCAR ALBERTO ALEJOS GUZMÁN**, con Registro CAC 10320.

1 de octubre de 2018

C/M'S GRAU
.....
RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA
C.A.L. N° 40204


MARÍA DEL CARMEN SORAYA AHOMED CHÁVEZ
APODERADA
ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

C/M'S GRAU
.....
NÉSTOR SHIMABUKURO TOKASHIKI
C.A.C. N° 9897

C/M'S GRAU
.....
OSCAR ALEJOS GUZMÁN
C.A.C. 10320

С. П. 10350
ОУСАР УГЕЛОС СУЗМАИ

С. П. 2121

С. П. 2121
УГЕЛОС СУЗМАИ

С. П. 2121

С. П. 2121
УГЕЛОС СУЗМАИ

С. П. 2121

УГЕЛОС СУЗМАИ
УГЕЛОС СУЗМАИ
УГЕЛОС СУЗМАИ

DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

VIGENCIA DE PODER



ZONA REGISTRAL N° IX - SEDE LIMA
Oficina Registral de Lima



Publicidad N° 2018-03873066
06/06/2018 15:39:30

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS LIBRO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

CERTIFICADO DE VIGENCIA

El funcionario que suscribe, **CERTIFICA:**

Que, en la partida electrónica N° 11008737 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, consta registrado y vigente el **PODER** a favor de **AHOMED CHAVEZ MARIA DEL CARMEN SORAYA**, identificado con D.N.I N° 09161661, cuyos datos se precisan a continuación:

DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.

LIBRO: SOCIEDADES ANONIMAS

ASIENTO: C00338

FICHA: 0000132888

CARGO: APODERADO

FACULTADES:

(...)

(I) **EFFECTUAR LAS SIGUIENTES MODIFICACIONES AL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES DE LA SOCIEDAD, APROBADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO LLEVADA A CABO EL 15/12/2015 E INSCRITO EN EL ASIENTO C000329 DE LA PRESENTE PARTIDA, EN ADELANTE, EL ÍNDICE DE FACULTADES:**

1. **INCORPORAR A LA SECCIÓN 7.00 ("REPRESENTACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL, ARBITRAL Y AFINES") DEL ÍNDICE DE FACULTADES, LA FACULTAD 7.14 DE LA ESTRUCTURA DE PODERES, LA CUAL TENDRÁ EL SIGUIENTE TENOR:**

"7.14. SUSCRIBIR TRANSACCIONES EXTRAJUDICIALES CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 1302 AL 1312 DEL CÓDIGO CIVIL ASÍ COMO TODAS LAS MODIFICACIONES, RECTIFICACIONES, ACLARACIONES Y CUALQUIER OTRO ACTO DERIVADO DE LAS MISMAS QUE, RESULTE NECESARIO PARA SU CORRECTA EJECUCIÓN Y/O ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA, SEGÚN CORRESPONDA".

(...)

(II) **DESIGNAR APODERADOS Y OTORGAR FACULTADES EN SU FAVOR, CON EFECTIVIDAD A PARTIR DEL 19/05/2017, SOBRE LA BASE DEL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES DE LA SOCIEDAD, APROBADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO CELEBRADA EL 15/12/2015 E INSCRITO EN EL ASIENTO N° C000329 DE LA PRESENTE PARTIDA Y POSTERIORMENTE MODIFICADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO CELEBRADA EL 18/05/2017 (EN ADELANTE, EL ÍNDICE DE FACULTADES), CONFORME AL SIGUIENTE DETALLE, ENTENDIÉNDOSE QUE LA NUMERACIÓN DE LAS FACULTADES QUE SE OTORGA A CONTINUACIÓN CORRESPONDE A LA NUMERACIÓN ASIGNADA A LAS RESPECTIVAS FACULTADES EN EL REFERIDO ÍNDICE DE FACULTADES:**

(...)

13. **A LA SEÑORA MARIA DEL CARMEN SORAYA AHOMED CHÁVEZ, IDENTIFICADA CON DNI N° 09161661, SE LE OTORGAN LAS SIGUIENTES FACULTADES CONTENIDAS EN EL ÍNDICE DE FACULTADES LAS QUE SERÁN EJERCIDAS EN FORMA INDIVIDUAL Y A SOLA FIRMA:**

1.04, 1.05, 1.11.

4.02.

4.23 **HASTA POR LA SUMA DE US\$ 25.000.00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA. ESTA FACULTAD NO PODRÁ SER EJERCIDA PARA LA FIRMA DE CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL.**

4.28, 4.29, 4.33, 4.45, 4.46, 4.49.

6.00, 7.01, 7.03 A 7.05, 7.07, 7.10, 7.11 A 7.14, 8.00, 9.01, 11.00 Y 12.00.-**

(...)

ASIMISMO, EN EL ASIENTO C000329 CONSTA REGISTRADA LAS COPIAS CERTIFICADAS POR NOTARIO DE LIMA LUIS DANNON BRENDER DEL 01.02.2016 DEL ACTA DE SESIÓN DE DIRECTORIO DEL 15.12.2015: DONDE SE ACORDÓ: APROBAR EL NUEVO RÉGIMEN DE PODERES DE ACUERDO A LO SIGUIENTE:

(I) **EL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES (EL "ÍNDICE DE FACULTADES") ES EL QUE SE DETALLA A CONTINUACIÓN:**

1.00 FACULTADES ADMINISTRATIVAS GENERALES.-

(...)

1.04 **SUSCRIBIR COMUNICACIONES Y CORRESPONDENCIA DE LA SOCIEDAD A NIVEL NACIONAL YA SEA ANTE ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS, PUDIENDO USAR EL SELLO DE LA SOCIEDAD.**

1.05 **SUSCRIBIR COMUNICACIONES Y CORRESPONDENCIA DE LA SOCIEDAD A NIVEL INTERNACIONAL YA SEA ANTE ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS, PUDIENDO USAR EL SELLO DE LA SOCIEDAD.**

(...)

1.11 SOLICITAR EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD ANTE NOTARIO PÚBLICO O AUTORIDAD COMPETENTE LA APERTURA, CERTIFICACIÓN Y/O LEGALIZACIÓN DEL LIBRO U HOJAS SUeltas DE LA MATRÍCULA DE ACCIONES, DEL LIBRO U HOJAS SUeltas DE LAS ACTAS DEL DIRECTORIO Y DEL LIBRO U HOJAS SUeltas DE LAS ACTAS DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS, ASÍ COMO DE OTROS INSTRUMENTOS SOCIETARIOS, Y LIBROS Y REGISTROS CONTABLES.

(...)

4.00 FACULTADES CONTRACTUALES.- NEGOCIAR, CELEBRAR, SUSCRIBIR, MODIFICAR, RESCINDIR, RESOLVER Y DAR POR CONCLUIDOS LOS SIGUIENTES CONTRATOS: DERECHO DE RETENCIÓN.

4.02 GESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL.

(...)

4.23 LOCACIÓN DE SERVICIOS, INCLUYENDO AQUELLOS QUE SE CELEBREN CON EMPRESAS Y ENTIDADES QUE REALIZAN ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL HASTA POR LA SUMA DE €25 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA.

(...)

4.28 CONTRATOS PREPARATORIOS COMO EL CONTRATO DE OPCIÓN, MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, CARTA DE INTENCIÓN, OFERTA NO VINCULANTE, ENTRE OTROS Y SUBCONTRATOS.

4.29 COMPROMISO ARBITRAL.

(...)

4.33 DACIÓN EN PAGO.

(...)

4.45 TRANSACCIONES EXTRAJUDICIALES QUE (I) DAN LUGAR A UN DESEMBOLSO POR PARTE DE LA SOCIEDAD HASTA POR € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA, O (II) QUE IMPLICAN LA RENUNCIA POR PARTE DE LA SOCIEDAD HASTA POR €1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA, ÚNICAMENTE RESPECTO DE DERECHOS CONTROVERTIDOS O LITIGIOS SOBRE BIENES INMUEBLES.

4.46 ACUERDOS Y/O CONVENIOS DE CONFIDENCIALIDAD.

(...)

4.49 CUALQUIER ACTO, NEGOCIO JURÍDICO, CONTRATO O CONVENIO TÍPICO, ATÍPICO, NOMINADO O INNOMINADO QUE REQUIERA CELEBRAR LA SOCIEDAD.

(...)

6.00 REPRESENTACIÓN DE DERECHOS DE COPROPIEDAD, SOCIO O ACCIONISTA.- REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN TODAS LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE CORRESPONDAN A SU CALIDAD DE COPROPIETARIA, SOCIA, PARTICIPE O ACCIONISTA DE SOCIEDADES O ASOCIACIONES. ASIMISMO, REPRESENTARLA EN EL EJERCICIO DE CUALQUIERA DE LOS DERECHOS QUE CONCEDE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, EL RESPECTIVO ESTATUTO O EL DOCUMENTO DE EMISIÓN O LOS PACTOS O CONVENIOS DE ACCIONISTAS O DE SOCIOS, INCLUYENDO LA COBRANZA Y PERCEPCIÓN DE LAS UTILIDADES, DIVIDENDOS, BENEFICIOS E INTERESES CORRESPONDIENTES, CUALQUIERA SEA SU FORMA DE PAGO, EN EFECTIVO, EN ESPECIE, EN ACCIONES O PARTICIPACIONES DE PROPIA EMISIÓN. LA REPRESENTACIÓN DE LA CALIDAD DE SOCIA, PARTICIPE O ACCIONISTA QUE TENGA LA SOCIEDAD PODRÁ EJERCERSE ANTE TODA CLASE DE INSTITUCIONES, ASOCIACIONES, COOPERATIVAS Y SOCIEDADES MERCANTILES O CIVILES DE CUALQUIER FORMA O MODALIDAD. ESTA REPRESENTACIÓN SE HACE EXTENSIVA TAMBIÉN A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PROVENIENTES DE LA TENENCIA DE BONOS Y OBLIGACIONES EMITIDOS POR SOCIEDADES O ENTIDADES PRIVADAS O PÚBLICAS DE CUALQUIER INDOLE. LA REPRESENTACIÓN EN ESTE CAMPO INCLUYE TAMBIÉN LA DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PROVENIENTES DE LAS ASOCIACIONES O SOCIEDADES IRREGULARES O DE HECHO. REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN TODAS LAS ASAMBLEAS GENERALES, JUNTAS GENERALES DE ACCIONISTAS, JUNTAS DE SOCIOS, JUNTAS DE PROPIETARIOS, SESIONES DE DIRECTORIO O DE JUNTA DIRECTIVA, JUNTAS DE INTERESADOS, JUNTAS DE CONDÓMINOS Y DEMÁS SIMILARES, PUDIENDO VOTAR PARA ADOPTAR TODA CLASE DE ACUERDOS EN ELLAS CON LOS MÁS AMPLIOS PODERES Y A SU SOLO CRITERIO, SIN QUE EN NINGÚN MOMENTO PUEDA OBJETARSE SU PERSONERÍA POR FALTA DE ATRIBUCIONES. A SOLA FIRMA Y POR DOCUMENTO SIMPLE O CON LA FORMA QUE CONSIDERE NECESARIA Y/O CONVENIENTE A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD, PODRÁ DELEGAR EN OTRA PERSONA LA FACULTAD QUE SE LE CONFIERE EN ESTE PÁRRAFO, POR UN PLAZO DETERMINADO O PARA UN CASO ESPECÍFICO, PUDIENDO REVOCAR LA DELEGACIÓN, TOTAL O PARCIALMENTE, Y REASUMIR SUS FACULTADES.

7.0 REPRESENTACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL, ARBITRAL Y AFINES.- 7.01 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD CON LAS MÁS AMPLIAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES EN MATERIA JUDICIAL, PRE-JUDICIAL O ARBITRAL, ANTE TODA CLASE DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES, ÁRBITROS, TRIBUNALES ARBITRALES Y/O CENTROS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, SEGÚN SEA EL CASO, INCLUSO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, PARA CUYO EFECTO PODRÁ INTERVENIR EN TODAS LAS INSTANCIAS, GRADOS O ETAPAS PROCESALES, COMO PARTE LEGITIMADA ACTIVA O PASIVAMENTE, O COMO TERCERO CON INTERÉS EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES, EN LOS PROCESOS O ACTOS PROCESALES, CONTENCIOSOS O NO, DE CARÁCTER CIVIL, PENAL, CONSTITUCIONAL, COMERCIAL, AGRARIO, LABORAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ARBITRAL U OTRA MATERIA; PUDIENDO FORMULAR Y CONTESTAR DENUNCIAS, INTERPONER Y CONTESTAR DEMANDAS, INCLUYENDO DEMANDAS DE REIVINDICACIÓN O ACCIONES POSESORIAS; RECONVENIR; PLANTEAR EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS: OFRECER, TACHAR Y/O Oponerse A CUALQUIER MEDIO PROBATORIO; DESISTIRSE DE LA DEMANDA, PROCESO, PRETENSIÓN Y/O CUALQUIER TIPO DE RECLAMOS JUDICIALES, ALLANARSE A ELLOS TOTAL O PARCIALMENTE; RECONOCER LA DEMANDA, O TRANSIGIR PRETENSIONES O DERECHOS DEL PROCESO HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; SOMETERLO A ARBITRAJE DE DERECHO O DE CONCIENCIA; NOMBRAR ÁRBITROS, CONCILIAR JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE; SER INVITADO A UN

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART. 140° DEL T.U.O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 126-2012-SUNARP-SN)

PROCEDIMIENTO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL, PARTICIPAR DE LA AUDIENCIA RESPECTIVA Y DISPONER DEL DERECHO-P MATERIA DE LA INVITACION A CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE HASTA POR LA SUMA DE 1.000.000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; PRESTAR CONFESION O DECLARACION COMO PARTE O COMO TERCERO; PRESTAR DECLARACION TESTIMONIAL; RECONOCER Y/O EXHIBIR DOCUMENTOS Y ACTUAR O PARTICIPAR EN LA ACTUACION DE TODA CLASE DE MEDIOS PROBATORIOS, INCLUSO DE PRUEBA ANTICIPADA; CONCURRIR Y PARTICIPAR EN TODO TIPO DE AUDIENCIAS JUDICIALES Y EN AUDIENCIAS DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL; SOLICITAR LA QUIEBRA, INSOLVENCIA O SUSPENSION DE PAGOS DE TERCEROS Y APERSONARSE EN LOS PROCESOS JUDICIALES O PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE PARA ESE FIN, SE HUBIESEN INICIADO, PUDIENDO CONCURRIR A LAS JUNTAS DE ACREEDORES QUE SE CONVOQUEN Y ADOPTAR A SU LIBRE DECISION LAS DETERMINACIONES QUE TENGAN POR CONVENIENTE; APERSONARSE EN DILIGENCIAS O AUDIENCIAS DE CUALQUIER CLASE; INTERPONER RECURSOS DE RECONSIDERACION, REPOSICION, DE APELACION, DE CASACION, DE QUEJA Y DE NULIDAD Y DEMAS RECURSOS Y REMEDIOS IMPUGNATORIOS EN CUALQUIER TIPO DE PROCESOS; PLANTEAR DENUNCIAS PENALES Y SEGUIR LOS PROCESOS RESPECTIVOS; SOLICITAR APERTURA Y/O -PROTOCOLIZACION DE TODO TIPO DE ACTOS Y DOCUMENTOS; INTERVENIR EN DIVISIONES Y PARTICIONES, Y TOMAR POSESION DE LOS BIENES QUE SE ADJUDICAN; SOLICITAR TODA CLASE DE MEDIDAS CAUTELARES, AMPLIARLAS Y/O MODIFICARLAS Y/O SUSTITUIRLAS Y/O DESISTIRSE DE LAS MISMAS; INCLUSO DESIGNANDO INTERVENTORES, DEPOSITARIOS, CUSTODIOS DE SECUESTRO Y ADMINISTRADORES; OFRECER TODO TIPO DE CONTRACAUTELAS, INCLUIDA LA CAUCION JURATORIA, SOLICITAR EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES FUERA DE PROCESO, ASI COMO CONCURRIR A TODO TIPO DE ACTOS PROCESALES, SEAN ESTOS DE REMATE, ADMINISTRACION DE POSESION, LANZAMIENTOS, EMBARGOS; INTERVENIR EN REMATES O SUBASTAS PUBLICAS PARA ADJUDICARSE AL INTERIOR DE LOS MISMOS BIENES MUEBLES O INMUEBLES, MATERIA DEL RESPECTIVO PROCESO; PLANTEAR LA INHIBICION O RECUSACION DE JUECES, FISCALES, VOCALES Y/O MAGISTRADOS EN GENERAL, SOLICITAR LA ACUMULACION Y/O DESACUMULACION DE PROCESOS, SOLICITAR EL ABANDONO Y/O PRESCRIPCION DE LOS RECURSOS, LA PRETENSION Y O LA ACCION, SOLICITAR LA ACLARACION Y/O CORRECCION Y/O CONSULTA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES; OFRECER Y/O COBRAR DEUDAS, CONSIGNAR JUDICIALMENTE Y RETIRAR CONSIGNACIONES DEJANDO LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS; SUSCRIBIR TODOS LOS ESCRITOS, DOCUMENTOS, ACTAS, MINUTAS, ESCRITURAS PUBLICAS QUE FUERAN NECESARIAS; SOLICITAR Y OBTENER LA INEFICACIA DE TITULOS VALORES EXTRAVIADOS, DETERIORADOS O DESTRUIDOS; EJERCER JUDICIALMENTE TODOS LOS DERECHOS QUE SE DERIVEN DE LA CALIDAD DE SUCESOR EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES; EJERCER EL COBRO DE COSTAS Y COSTOS, FIJAR JURISDICCION Y TRIBUNAL COMPETENTE EN LOS CONTRATOS QUE CELEBRE Y SUSCRIBA EN REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD.

(...)

7.03 EL PODER INCLUYE LAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES SEÑALADAS EN LOS ARTICULOS 74° (LA REPRESENTACION SE ENTIENDE OTORGADA PARA TODO EL PROCESO, INCLUSO PARA LA EJECUCION DE LA SENTENCIA Y EL COBRO DE COSTAS Y COSTOS, LEGITIMANDO AL REPRESENTANTE PARA SU INTERVENCION EN EL PROCESO Y REALIZACION DE TODOS LOS ACTOS DEL MISMO, SALVO AQUELLOS QUE REQUIERAN LA INTERVENCION PERSONAL Y DIRECTA DEL REPRESENTADO) Y 75° (REALIZAR TODOS LOS ACTOS DE DISPOSICION DE DERECHOS SUSTANTIVOS Y PARA DEMANDAR, RECONVENIR, CONTESTAR DEMANDAS Y RECONVENCIONES, DESISTIRSE DEL PROCESO Y DE LA PRETENSION, ALLANARSE A LA PRETENSION, CONCILIAR, TRANSIGIR, SOMETER A ARBITRAJE LAS PRETENSIONES CONTROVERTIDAS EN EL PROCESO, SUSTITUIR O DELEGAR LA REPRESENTACION PROCESAL) DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

7.04 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ESPECIALMENTE EN PROCEDIMIENTOS PENALES CON LAS FACULTADES ESPECIFICAS DE DENUNCIAR CONSTITUIRSE EN PARTE CIVIL, PRESTAR INSTRUCTIVA, PREVENTIVA Y TESTIMONIALES, PUDIENDO ACUDIR A NOMBRE DE LA EMPRESA ANTE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU, FISCALIA DE LA NACION, MINISTERIO PUBLICO Y ANTE TODA CLASE DE ORGANOS, SIN LIMITE DE FACULTADES.

7.05 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE CUALQUIER INSTITUCION PRIVADA O PUBLICA Y EN ESE SENTIDO, INICIAR, SEGUIR, CONTESTAR O PARTICIPAR EN TODO TIPO DE PROCEDIMIENTOS O RECLAMACIONES ANTE TODOS LOS ORGANOS E INSTANCIAS COMPETENTES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL, DEPARTAMENTAL, REGIONAL, MUNICIPAL PROVINCIAL, MUNICIPAL DISTRITAL, ENTIDADES U ORGANISMOS AUTONOMOS Y TRIBUNALES O COMISIONES ADMINISTRATIVOS; PUDIENDO PAGAR O DISPONER EL PAGO, O ACTUAR COMO AGENTE DE PAGO DE TODO TIPO DE TRIBUTOS, MULTAS Y RECARGOS; FORMULAR RECLAMACIONES, RECURSOS IMPUGNATORIOS, QUEJAS Y CUALQUIER OTRO RECURSO O ARTICULACION PREVISTA POR LEY, EN TODAS LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS, SOLICITANDO Y COBRANDO LAS CANTIDADES O DERECHOS CUYA DEVOLUCION FUERA ORDENADA; INTERVENIR EN TODO TIPO DE ACTOS, SOLICITUDES, TRAMITES Y PROCESOS ANTE LAS AUTORIDADES POLITICAS, FISCALES, ADUANERAS, ECLESIASTICAS, MILITARES, POLICIALES, LABORALES ADMINISTRATIVAS, MUNICIPALES Y/O ANTE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS O ADMINISTRATIVAS DE TRIBUTOS O DE RENTAS PUBLICAS, CON LAS MAS AMPLIAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES QUE EL TRAMITE, PROCEDIMIENTO, INTERVENCION O RECLAMO REQUIERAN, TANTO PARA LA TRAMITACION ORDINARIA DE LOS CITADOS PROCEDIMIENTOS, CUANTO PARA EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSION O DEL PROCEDIMIENTO, PARA ACOGERSE A LAS FORMAS DE TERMINACION CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA. EN ESE SENTIDO, PODRA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD, EN SUS ACCIONES Y DERECHOS, ANTE LAS DISTINTAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, ESPECIALMENTE, SIN QUE LA SIGUIENTE ENUMERACION SEA RESTRICTIVA O LIMITATIVA, EN PROCEDIMIENTOS ANTE EL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE LA PRODUCCION, MINISTERIO DE AGRICULTURA, MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS, PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACION

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICION (ART 140° DEL T U O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS APROBADO POR RESOLUCION N° 126-2012-SUNARP-SN)

[Handwritten signature and stamp]

LABORAL, MINISTERIO DEL AMBIENTE, MINISTERIO DE CULTURA, ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN), AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (ANA), SEDAPAL, ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA), INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI), SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP), SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES (SMV), BOLSA DE VALORES DE LIMA, PROVIAS NACIONAL, SUS ÓRGANOS DEPENDIENTES Y ADSCRITOS, Y LAS ENTIDADES, ORGANISMOS O MINISTERIOS QUE LOS ASUMAN O SUSTITUYAN, ASÍ COMO FRENTE A LA SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA, LA SOCIEDAD NACIONAL DE INDUSTRIA Y CUALQUIER OTRO GREMIO DEL QUE LA SOCIEDAD FORME PARTE. (...)

7.07 EN GENERAL, REPRESENTAR A LA SOCIEDAD CON ARREGLO A LAS ATRIBUCIONES QUE CONFIERE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADA MEDIANTE LEY N° 27444 Y SERÁN AUTOMÁTICAMENTE AMPLIADAS CUANDO SE EXPIDAN NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA MATERIA ADMINISTRATIVA.

(...)

7.10 SUSCRIBIR COMUNICACIONES DE LA SOCIEDAD REQUIRIENDO EL CUMPLIMIENTO DE NORMATIVAS LEGALES VIGENTES

(...)

7.11 CEDER Y ACEPTAR DERECHOS LITIGIOSOS HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; ASUMIR LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD PARA APERSONARSE A LAS AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN, CUALQUIERA SEA SU NATURALEZA, ASÍ COMO SOLICITAR LA INVITACIÓN A AUDIENCIAS Y SER INVITADO A UN PROCESO CONCILIATORIO, PUDIENDO INICIAR PROCESOS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE. SUSCRIBIR LAS ACTAS CORRESPONDIENTES Y DISPONER DEL DERECHO MATERIA DE CONCILIACIÓN AL AMPARO DE LA LEY NO. 26872, SUS MODIFICATORIAS Y REGLAMENTO, HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA.

7.12 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS Y/O ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN), ASÍ COMO ANTE CUALQUIER OTRA ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A EFECTOS DE ESTABLECER, EXTINGUIR, SOLICITAR, MODIFICAR, OBTENER, O PONERSE, RECONOCER, RENOVAR, RENUNCIAR, TRAMITAR Y TRANSFERIR TODO TIPO DE CONCESIONES Y/O AUTORIZACIONES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ELÉCTRICAS ASÍ COMO SERVIDUMBRES Y CUALQUIER OTRO TIPO DE PERMISO Y/O LICENCIA ADMINISTRATIVA QUE FUESE CONVENIENTE O NECESARIO PARA TAL FIN.

7.13 ASIMISMO, PODRÁ INTERPONER O FORMULAR DENUNCIAS ANTE EL FUERO PENAL POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE AUTOR, CON FACULTADES PARA COMPARECER EN EL PROCESO COMO PARTE CIVIL, CON FACULTADES PARA INTERPONER RECURSOS IMPUGNATIVOS Y PARA CELEBRAR TODO TIPO DE ACUERDOS TRANSACCIONALES, SIN RESERVAS NI LIMITACIONES DE NINGUNA CLASE LA ENUMERACIÓN NO ES LIMITATIVA, DE MODO QUE EL PODER SE CONFIERE PARA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN LA FORMA MAS AMPLIA A FIN DE CAUTELAR SUS INTERESES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, COMPETENCIA DESLEAL, PUBLICIDAD Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

8.00 REPRESENTACIÓN EN MATERIA DE LICITACIONES Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y CONCURSOS PRIVADOS:

APERSONARSE E INTERVENIR EN TODO PROCESO DE SELECCIÓN CONVOCADO POR CUALQUIER ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO O PRIVADO TALES COMO EL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS, PROINVERSIÓN, ENTRE OTROS, CONVOCADO PARA LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, CONCURSOS PÚBLICOS O PRIVADOS, ADJUDICACIONES DIRECTAS PÚBLICAS Y/O SELECTIVAS, ADJUDICACIONES DE MENOR CUANTIA, Y CUALQUIER OTRO PROCESO DE ADQUISICIONES O CONTRATACIONES DE BIENES, SERVICIOS U OBRAS, SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERRUPTIBLE O FIRME DE GAS NATURAL Y/O DE VENTA DE ENERGIA Y/O POTENCIA Y/O COMBUSTIBLES LIQUIDOS, A FIN DE EJERCER LA REPRESENTACIÓN GENERAL DE LA SOCIEDAD, ADQUIRIR LAS BASES RESPECTIVAS, PRESENTAR SOLICITUDES Y OFERTAS DE CUALQUIER TIPO, FIRMAS LAS DECLARACIONES O CERTIFICACIONES QUE CORRESPONDAN, REALIZAR LAS VISITAS QUE SEAN NECESARIAS EN LAS INSTALACIONES DE LAS ENTIDADES O EMPRESAS QUE CONVOQUEN AL PROCESO DE LICITACIONES O CONTRATACIÓN, FORMULAR CONSULTAS, PRESENTAR TODA CLASE DE DOCUMENTOS E INTERPONER RECURSOS IMPUGNATORIOS CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LAS NORMAS APLICABLES Y/O DOCUMENTOS APROBADOS PARA LOS FINES DEL PROCESO DE LICITACIÓN, CONTRATACIÓN O CONCURSO, INCLUSIVE CONTRA EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO; APERSONARSE ANTE CUALQUIER AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, POLITICA O JUDICIAL, ETC., PUDIENDO PARA TALES EFECTOS SUSCRIBIR TODOS LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y/O PRIVADOS QUE SEAN NECESARIOS Y SE RELACIONEN CON LOS MISMOS. EN TAL SENTIDO, QUEDAN FACULTADOS PARA PRESENTAR Y SUSCRIBIR LAS PROPUESTAS, SUSCRIBIR TODO TIPO DE RECURSO IMPUGNATIVO ASI COMO DESISTIRSE DE ELLOS, INTERVENIR EN INFORMES ORALES Y SUSCRIBIR EL CONTRATO CORRESPONDIENTE QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE SELECCIÓN. ASIMISMO, PODRÁ REPRESENTAR A LA EMPRESA EN TODO PROCESO DE CONCILIACIÓN Y/O ARBITRAL QUE SE ORIGINE COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, REALIZAR TODA CLASE DE TRÁMITES VINCULADOS A LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES, ASI COMO SOLICITAR LA EXPEDICIÓN DE TODA CLASE DE DOCUMENTOS NECESARIOS PARA PARTICIPAR EN CUALQUIER PROCESO DE LICITACIÓN, CONTRATACIÓN O CONCURSO PÚBLICO O PRIVADO.

ASIMISMO, DISPONE DE TODAS LAS FACULTADES PARA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE CUALESQUIERA ORGANISMO, ENTIDAD Y/O DEPENDENCIA PÚBLICA Y/O CUALESQUIERA ENTIDAD PRIVADA, INCLUIDAS LAS DE REALIZACIÓN DE GESTIONES ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, OSCE, DIRIGIR PETICIONES A ORGANISMOS, ENTIDADES Y/O DEPENDENCIAS PÚBLICAS Y/O ENTIDADES PRIVADAS

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART 140° DEL T U O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 126-2012-SUNARP-SN)

[Handwritten signature and stamp]

COORDINADORAS DE LAS PRE-CALIFICACIONES, PROCESOS DE SELECCIÓN, LICITACIONES, CONCURSOS; INTERPONER RECURSOS ORDINARIOS, EXTRAORDINARIOS, RECLAMACIONES, ASÍ COMO LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN, APELACIÓN Y/O, DE SER EL CASO, RECURSO DE REVISIÓN; SOLICITAR TODO TIPO DE INFORMACIÓN; SUSCRIBIR ACTAS Y CORRESPONDENCIA; SUSCRIBIR LAS OFERTAS Y EXPEDIENTES QUE SE PRESENTEN; SUSCRIBIR FORMULARIOS OFICIALES Y, EN GENERAL, HACER TODO LO NECESARIO PARA LOGRAR QUE LA EMPRESA SEA PRECALIFICADA Y OBTENGA LA BUENA PRO EN TODOS LOS PROCESOS DE SELECCIÓN QUE SE PRESENTE, ANTE ENTIDADES PÚBLICAS Y/O PRIVADAS, Y EN LAS CUALES LA EMPRESA TENGA INTERÉS EN PARTICIPAR, LO QUE INCLUYE LAS FACULTADES PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO CORRESPONDIENTE.

REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO DEL PERÚ (OSCE), CON EL FIN DE SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN, REINSCRIPCIÓN, Y ACTUALIZACIÓN DE DATOS DE LA MISMA EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP). AL EFECTO, SE LE CONFIERE TODAS LAS FACULTADES NECESARIAS PARA EL EFICAZ Y CORRECTO DESEMPEÑO DE SU MANDATO; INCLUSO LAS DE COMPLETAR Y FIRMAR TODOS LOS DOCUMENTOS QUE SE EXIJAN, DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN PERUANA. SUSCRIBIR TODA CLASE DE PROPUESTAS (TÉCNICAS Y ECONÓMICAS, ASÍ COMO SUSCRIBIR LOS DOCUMENTOS QUE FORMEN PARTE DEL SOBRE DE HABILITACIÓN Y REALIZAR LANCES) A NOMBRE DE LA SOCIEDAD. Y PRESENTARLAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN QUE CONVOQUEN LAS ENTIDADES PÚBLICAS PERUANAS, U ORGANISMOS INTERNACIONALES POR ENCARGO DE ENTIDADES DEL ESTADO PERUANAS. ASÍ COMO SUSCRIBIR PROMESAS FORMALES DE CONSORCIO Y CONTRATOS DE CONSORCIO. ASIMISMO, PODRÁ SOLICITAR Y CONTRATAR EN NOMBRE DE LA COMPAÑÍA, CARTAS FIANZA U OTRO TIPO DE GARANTÍA QUE RESULTEN NECESARIAS PARA LA FIRMA DE LOS CONTRATOS CON ENTIDADES PÚBLICAS. ASIMISMO, PODRÁ SUSCRIBIR CARTAS DE REPRESENTACIÓN, AUTORIZANDO A OTRAS PERSONAS, A EFECTO DE QUE PROCEDAN A LA ENTREGA FÍSICA DE LA PROPUESTA DE LA SOCIEDAD EN LOS ACTOS PÚBLICOS QUE SE LLEVEN A CABO EN EL MARCO DE PROCESOS DE SELECCIÓN DEL ESTADO. PODRÁ PARTICIPAR EN LOS PROCESOS DE SUBASTA INVERSA QUE CONVOQUEN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS, PUDIENDO PARA TAL EFECTO:

- (I) PRESENTAR LOS SOBRES DE HABILITACIÓN Y ECONÓMICO DE LA EMPRESA, EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN CONVOCADOS BAJO LA MODALIDAD DE SUBASTA INVERSA.
- (II) EFECTUAR EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD LA PRESENTACIÓN O PRESENTACIONES DE LA PROPUESTA ECONÓMICA.
- (III) INTERVENIR INDIVIDUALMENTE Y EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD EN TODOS LOS ACTOS QUE SE REALICEN DURANTE EL ACTO PÚBLICO ÚNICO DEL PROCESO DE SUBASTA INVERSA, LO CUAL INCLUYE LA POTESTAD DE REALIZAR CONSULTAS AL COMITÉ ESPECIAL, ASÍ COMO A DEJAR SENTADO EN ACTA LA INTENCIÓN DE PRESENTAR UN RECURSO DE REVISIÓN, ASÍ COMO TODOS LOS ACTOS QUE SE LLEVEN A CABO DURANTE DICHO ACTO PÚBLICO.
- (IV) EJECUTAR DE MANERA INDIVIDUAL, Y EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD TODOS LOS ACTOS POSTERIORES AL ACTO DE OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO, INCLUYENDO LA FIRMA DEL CONTRATO RESPECTIVO EN NOMBRE DE LA COMPAÑÍA.

DE IGUAL MANERA, PODRÁ SUSCRIBIR RECURSOS IMPUGNATIVOS A NOMBRE DE LA SOCIEDAD, EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN ANTES MENCIONADOS. DEL MISMO MODO, ESTÁ FACULTADO PARA SUSCRIBIR LOS CONTRATOS EN CASO DE RESULTAR

LA SOCIEDAD ADJUDICADA CON LA BUENA PRO EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN QUE PARTICIPA Y A SUSCRIBIR TODOS LOS DOCUMENTOS QUE SEAN NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, TALES COMO ADENDAS, SOLICITUDES DE AMPLIACIÓN DE PLAZOS, ETC. TAMBIÉN QUEDA FACULTADO PARA PRESENTAR TODO TIPO DE DESCARGOS ANTE TODA ENTIDAD PÚBLICA COMO EL OSCE PARA DEFENDER A LA SOCIEDAD EN CUALQUIER PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

9.00 REPRESENTACIÓN ANTE EL COES Y OTROS.-

9.01 PODRÁ EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD EFECTUAR TODA CLASE DE SOLICITUDES, PEDIDOS, CONSULTAS, PARTICIPACIONES, INTERVENCIONES Y/O DECLARACIONES ANTE CUALQUIERA DE LOS ÓRGANOS O REPRESENTANTES DEL COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL (COES-SINAC), ASÍ COMO IMPUGNAR LAS DECISIONES QUE ADOPTE CUALQUIERA DE SUS ÓRGANOS, SEAN ESTAS ADMINISTRATIVAS, LEGALES O TÉCNICAS, Y/O SOMETERLAS A ARBITRAJE. PODRÁ ASISTIR CON VOZ Y VOTO A TODAS LAS REUNIONES DE LA ASAMBLEA DEL COES-SINAC EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD PUDIENDO PLANTEAR LAS POSICIONES DE LA SOCIEDAD, VOTAR Y/O ABSTENERSE DE VOTAR, SEGÚN LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD ASÍ COMO SUSCRIBIR LAS ACTAS QUE CORRESPONDAN. ASIMISMO, PODRÁ ASISTIR EN CALIDAD DE INVITADO A LAS SESIONES DE DIRECTORIO DEL COES-SINAC. ASÍ COMO REPRESENTAR A LA EMPRESA ANTE EL SUBCOMITÉ DE DISTRIBUIDORES O GRUPOS DE TRABAJO QUE SE PUDIERAN CONFORMAR AL INTERIOR DEL COES-SINAC. REPRESENTAR A LA SOCIEDAD, EN SUS ACCIONES Y DERECHOS, ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN), SUS ÓRGANOS DEPENDIENTES Y ADSCRITOS, Y LAS ENTIDADES, ORGANISMOS O MINISTERIOS QUE LOS ASUMAN O SUSTITUYAN.

(...)

11.00 REPRESENTACIÓN MATERIA CONCURSAL.-

REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE LA COMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DEL INDECOPI O CUALQUIERA DE SUS ENTIDADES DELEGADAS, FEDATARIOS O INSTITUCIONES AD - HOC. ASÍ COMO ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI Y TAS AUTORIDADES JUDICIALES QUE CORRESPONDA, EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA, CONCURSO PREVENTIVO, PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO, PROCEDIMIENTO TRANSITORIO, PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO, PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO, QUIEBRA Y CUALQUIER OTRO PROCESO DE NATURALEZA CONCURSAL, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, LEY N° 27809, Y/O LAS NORMAS EN

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART 140° DEL T.U.O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 126-2012-SUNARP-SN)

[Firma manuscrita]
Lima

MATERIA CONCURSAL QUE LAS SUSTITUYAN O RESULTEN APLICABLES. A TAL EFECTO, PODRÁ PRESENTAR SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA O SOLICITUDES DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO DE DEUDORES DE LA SOCIEDAD Y DE LA PROPIA SOCIEDAD, DESISTIRSE DE LAS REFERIDAS SOLICITUDES,

ACEPTAR O RECHAZAR LAS ALTERNATIVAS DE PAGO QUE PLANTEEN LOS DEUDORES DE LA SOCIEDAD EN EL PROCESO CONCURSAL RESPECTIVO; APERSONARSE, FORMULAR PROPUESTAS DE PAGO Y/O MANIFESTAR OPOSICIÓN A LAS SOLICITUDES DE DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA O DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO PRESENTADAS FRENTE A LA SOCIEDAD; INICIAR Y PROSEGUIR EN TODAS SUS ETAPAS EL TRÁMITE DE SOLICITUDES DE CONCURSO PREVENTIVO O PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO DE LA SOCIEDAD, PUDIENDO DESISTIRSE DE LAS REFERIDAS SOLICITUDES; APERSONARSE Y SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS DE LA SOCIEDAD FRENTE A CUALQUIER DEUDOR; FORMULAR OPOSICIÓN Y/O PRESENTAR LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS QUE CORRESPONDA CONTRA LOS CRÉDITOS INDEBIDAMENTE INVOCADOS O RECONOCIDOS FRENTE A TERCEROS ACREEDORES DE DEUDORES DE LA SOCIEDAD; PARTICIPAR EN TODAS LAS ETAPAS E INSTANCIAS DE LOS PROCESOS CONCURSALES, CON AMPLIAS FACULTADES PARA RECONOCER Y TACHAR DOCUMENTOS, Y PRESTAR DECLARACIONES; CELEBRAR, APROBAR O RECHAZAR CONVENIOS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES CON OTROS ACREEDORES DEL DEUDOR, CON EL DEUDOR O CON TERCEROS QUE TENGAN INTERÉS EN EL PROCESO, CON ARREGLO A LAS NORMAS ANTES INDICADAS; SUSCRIBIR, EN LOS CASOS QUE CORRESPONDA, EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, CONVENIO DE LIQUIDACIÓN, CONVENIO DE SANEAMIENTO, ACUERDO GLOBAL DE REFINANCIACIÓN, CONVENIO DE REPROGRAMACIÓN DE PAGOS Y LOS DEMÁS CONVENIOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL APROBADOS POR LAS JUNTAS DE ACREEDORES DE LOS DEUDORES DE LA SOCIEDAD; ASISTIR, PARTICIPAR, VOTAR Y, DE SER NECESARIO, FUNDAMENTAR SU POSICIÓN EN LAS REUNIONES DE LA JUNTA DE ACREEDORES EN LAS QUE INTERVENGA LA SOCIEDAD, PUDIENDO FORMAR PARTE DE LAS AUTORIDADES DE LA JUNTA DE ACREEDORES, DEL COMITÉ DE LA JUNTA DE ACREEDORES Y/O DE LOS DEMÁS COMITÉS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL, PUDIENDO ASIMISMO RENUNCIAR A DICHOS CARGOS; PRESENTAR RECURSOS IMPUGNATIVOS, DE OPOSICIÓN Y DE CUALQUIER OTRA NATURALEZA, PUDIENDO DESISTIRSE DE LOS MISMOS; Y, EN GENERAL, REALIZAR TODOS LOS ACTOS Y SUSCRIBIR TODOS LOS DOCUMENTOS Y ACTAS QUE SEAN NECESARIOS PARA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN LOS PROCESOS DESCRITOS. LAS FACULTADES OTORGADAS POR EL PRESENTE NUMERAL SE EXTIENDEN A LA FACULTAD DE COBRAR LAS SUMAS DE DINERO QUE SEAN ADEUDAS A LA SOCIEDAD, CUALQUIERA, SEA LA ETAPA O ESTADO DEL PROCEDIMIENTO.

EL PODER INCLUYE LAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES SEÑALADAS EN LOS ARTÍCULOS 74, 75, 543 Y DEMÁS APLICABLES DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL ASÍ COMO EL ARTÍCULO 23 Y LOS DEMÁS PERTINENTES DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO MEDIANTE LA LEY N° 27444

LAS FACULTADES QUE SE OTORGAN EN ESTE NUMERAL SE HARÁN EXTENSIVAS Y SERÁN COMPLETADAS CON AQUELLAS QUE PUDIERAN SEÑALAR O EXIGIR OTROS DISPOSITIVOS LEGALES GENERALES O ESPECIALES QUE SE EXPIDAN EN EL FUTURO.

12.00 DELEGACIÓN DE FACULTADES.-

DELEGAR Y/O REVOCAR, TOTAL O PARCIALMENTE, LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN QUE LES SON CONFERIDAS, CON O SIN LIMITACIONES. LA DELEGACIÓN PODRÁ HACERSE A FAVOR DE CUALQUIER PERSONA, SEA NATURAL O JURÍDICA, PARA QUE REPRESENTEN A LA SOCIEDAD EN EL PERÚ O EN EL EXTRANJERO.-

(...)

DOCUMENTO QUE DIO MÉRITO A LA INSCRIPCIÓN:

POR COPIA CERTIFICADA DEL 19/06/2017 OTORGADA ANTE DANNON BRENDER, LUIS EN LA CIUDAD DE LIMA DEL ACTA DE SESION DE DIRECTORIO DE FECHA 18/05/2017.

II. ANOTACIONES EN EL REGISTRO PERSONAL O EN EL RUBRO OTROS:

NINGUNO.

III. TITULOS PENDIENTES:

NINGUNO.

IV. DATOS ADICIONALES DE RELEVANCIA PARA CONOCIMIENTO DE TERCEROS:

REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL ; Artículo 81 - Delimitación de la responsabilidad.- El servidor responsable que expide la publicidad formal no asume responsabilidad por los defectos o las inexactitudes de los asientos registrales, índices automatizados, y títulos pendientes que no consten en el sistema informático.

V. PÁGINAS QUE ACOMPAÑAN AL CERTIFICADO:

NINGUNO.

N° de Fojas del Certificado: 7

Derechos Pagados SI. 25.00 Recibo: 2018-229-00020310



Total de Derechos: S/. 25.00

Verificado y expedido por MIGUEL ANGEL ARAUJO GUTIERREZ, ABOGADO CERTIFICADO de la Oficina Registral de LIMA, a las 11:10:49 horas del 11 de Junio del 2018.

[Handwritten signature and official stamp]

ANEXO 1-A

ACTA DE CONSTATAción DE CORREOS ELECTRÓNICOS

SIENDO LAS 16:44 HORAS DEL DÍA CUATRO DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE, CARLOS ANTONIO HERRERA CARRERA, NOTARIO DE LIMA, SITO EN AVENIDA PETIT THOUARS, NÚMERO 4605, DISTRITO DE MIRAFLORES, PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE LIMA, A SOLICITUD DE ENEL DISTRIBUCIÓN PERU S.A.A., DEBIDAMENTE REPRESENTADA POR LA SEÑORA MARIA DEL CARMEN SORAYA AHOMED CHAVEZ, CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD NÚMERO 09161661, ME CONSTITUI EN SUS OFICINAS UBICADAS EN CALLE CESAR LOPEZ ROJAS N° 155, URBANIZACIÓN MARANGA, DISTRITO DE SAN MIGUEL A EFECTOS DE CONSTATAR EL CONTENIDO DE CORREOS ELECTRÓNICOS DE UN TRABAJADOR DE LA EMPRESA. =====

EL SOLICITANTE ME PRESENTA A LA PERSONA DE MAURO CESAR LEON HUARAC, TRABAJADOR DE LA EMPRESA ENEL DISTRIBUCIÓN PERU S.A.A. QUIEN DESDE SU COMPUTADORA INGRESA A SU CUENTA DE CORREO ELECTRÓNICO LABORAL mauro.leon@enel.com, DONDE SE IDENTIFICARON LOS CORREOS ELECTRÓNICOS CON LA SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS: =====

- CADENA DE CORREOS DE FECHA 06 NOVIEMBRE DEL 2015, EXTRAÍDA DE LA BANDEJA DE ELEMENTOS ENVIADOS, CURSADOS ENTRE MAURO CESAR LEON HUARAC Y JOSÉ MONTES DE PERALTA. (FOLIO 4 HASTA EL 12). =====
- CORREO ELECTRÓNICO DE FECHA 05 DE NOVIEMBRE DEL 2015 A HORAS 3:55 PM, REMITIDO POR MAURO CESAR LEON HUARAC A JOSÉ MONTES DE PERALTA, EN EL CUAL SE INCLUYE UN ADJUNTO DEL CORREO "CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA" (FOLIO 13 HASTA EL 41). =====
- CORREO ELECTRÓNICO DE FECHA 05 DE NOVIEMBRE DEL 2015 A HORAS 10:36 AM, REMITIDO POR EL SEÑOR JOSÉ MONTES DE PERALTA A MAURO CESAR LEON HUARAC. (FOLIO 43 HASTA EL 44). =====

DÉSDE DONDE INGRESÓ ME MUESTRA EL CONTENIDO DE LOS SIGUIENTES CORREOS ELECTRÓNICOS QUE IMPRIME Y ADJUNTO A LA PRESENTE ACTA NOTARIAL. =====

NO HABIENDO OTRO ASUNTO QUE VERIFICAR, SIENDO LAS 17:20 HORAS, SE DIO POR CONCLUIDA LA PRESENTE CONSTATAción, EXPIDIÉNDOSE LA PRESENTE ACTA NOTARIAL EN CUARENTA Y CUATRO (44) FOLIOS. =====

DE LO QUE DOY FE. =====

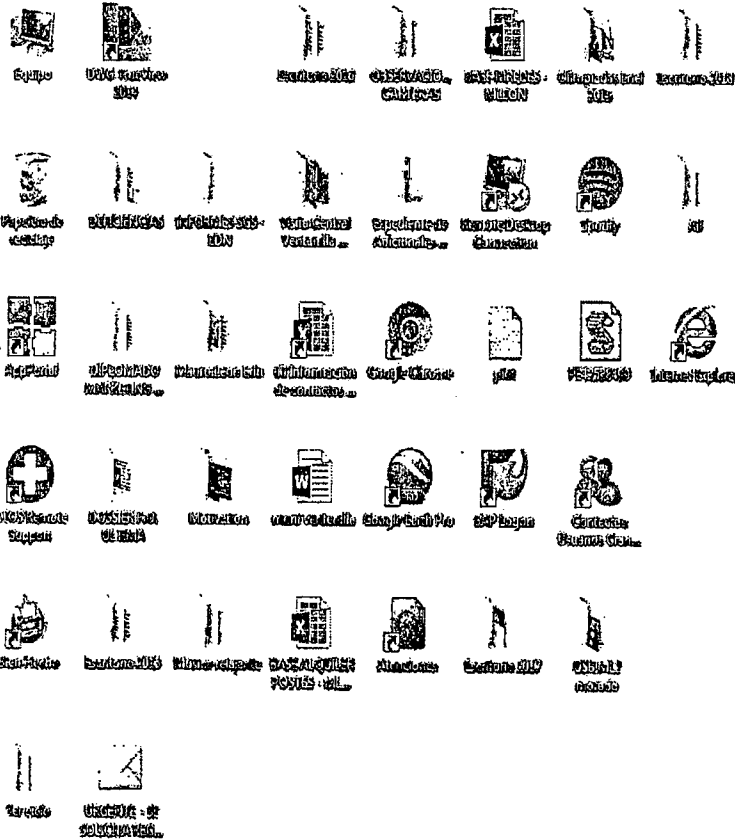
CARLOS HERRERA CARRERA
NOTARIO DE LIMA



Carlos Herrera Carrera
Notario de Lima

NOTARÍA
Herrera
Carrera





enel



NOTARIA
Carlos Herrera Carnera

Bandeja de entrada - 2018-1 - Outlook

INICIO ENVIAR Y RECIBIR CARPETA VISTA

Nuevo mensaje de correo electrónico Nuevos elementos

Ignorar Limpiar Correo no deseado

Eliminar Responder Responder a todos Reenviar Más

Al jefe Correo electrón... Listo Responder y eli... Crear nuevo

Mover Reglas OneNote No leído/ Leído Categorizar Seguimiento

Buscar personas Libreta de direcciones Filtrar correo electrónico

Buscar

Buscar en Buzón actual (Ctrl+B) Buzón actual

2018-1

Bandeja de entrada

Com Interna

QUO 3

Borrador

Elementos enviados

Elementos eliminados

Bandeja de salida

Correo electrónico no deseado

Fuentes RSS

Carpetas de búsqueda

mauro.leon@enel.com

Bandeja de entrada

Otros

Borradores [2]

Elementos enviados

Elementos eliminados

Bandeja de salida

Correo electrónico no deseado

Fuentes RSS

Historial de conversaciones

Carpetas de búsqueda

2017-2

Bandeja de entrada

FPA

Seguimiento

Todo	No leídos	Por Fecha	Más nuevo ↓
Hoy			
Bazan Rodriguez, Jean Carlo Nicola...			
RV: Carta a AZTECA Factura dón luego de Man...		3:52 p.m.	
PC Saludos, Jean Carlo Bazan Rodriguez Jefe			
Canchanya Calvo, Walter Fernando, ...			
RE: INCIDENCIA CABLES DE COMUNICACION SO...		3:29 p.m.	
Estimado Jean Carlo: Es el costo por cada			
Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU			
Please open the attached document. This		3:07 p.m.	
Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU			
Please open the attached document. This		3:07 p.m.	
Enrique Fernandez Ramos			
RE: Compartición de Infraestructura - Proyect...		2:40 p.m.	
Mauro			
Narvaez Vergara, Gary Ian			
RE: FIBRA INSTALADA RECIENTEMENTE, APOTA...		2:39 p.m.	
Hola Juan, Como le comenté a Enrique, la			
Bazan Rodriguez, Jean Carlo Nicola...			
POI MAURO		2:34 p.m.	
Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU			
Please open the attached document. This		1:49 p.m.	
Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU			
Please open the attached document. This		1:48 p.m.	
Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU			
Please open the attached document. This		1:49 p.m.	

Responder Responder a todos Reenviar

miércoles 04/07/2018 03:05 p.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU <mauro.leon@enel.com>

Para : Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU

Mensaje (Unknted).pdf (1.23 KB)

Please open the attached document. This document was digitally sent to you using an HP Digital Sending device.

Leon Huarac, Mauro Cesar, ED PERU



NOTARIA
Carolina

viernes 05/11/2015 08:35 a.m.
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jamontes@azteca-comunicaciones.com
 CC: Robles Alvarado, Florencia Blanca, EDELNOR; Nieto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahamed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesptlicas.com.pe; jhoib@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lizano, Juan Capistrano, EDELNOR



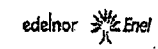
Mensaje enviado con importancia Alta.

Estimado José:
Según coordinado, el contrato está en visto por parte del área Legal de EDELNOR. Luego de esto, les será enviado.

Por favor, la reunión del lunes será a las 4:00pm en nuestras oficinas, el cambio de horario se debió a disponibilidad de auditorio. Los esperamos el lunes.

Saludos,

Mauro León Huarac
 Negocios Grandes Clientes
 Subgerencia Grandes Clientes e Institucionales

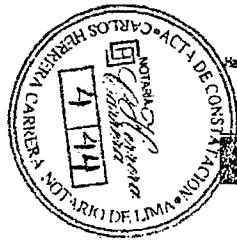
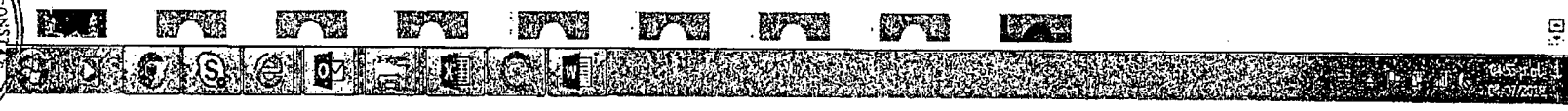


Edelnor es una empresa del Grupo Enel

Jr. César López 155, piso 2, Miraflores
 Lima, Perú
 T: +(511) 517-2805
mauro.leon@enel.com

De: jamontes@azteca-comunicaciones.com (mailto:jamontes@azteca-comunicaciones.com)

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA

 Carlos Herrera Carriera

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML)

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar Eliminar Responder Responder a todos Reenviar Más - Responder

Correo no deseado

Reunión

QJO Al jefe Correo electrón... Listo Responder y el... Crear nueva

Pasos rápidos Mover Acciones -

Reglas - OneNote Marcar como no leído Categorizar Seguimiento Traducir Relacionadas - Seleccionar -

Buscar Zoom Edición Zoom

Viernes 06/11/2015 08:35 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jamonles@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Florella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Figueroa@redesopticas.com.pe; fholz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lizano, Juan Capstrano, EDELNOR

Mensaje enviado con importancia Alta.


Jr. César López 155, piso 2, Maranga
Lima, Perú
T: +(511) 517-2905
correo:leon@anal.com

De: jamonles@azteca-comunicaciones.com (mailto:jamonles@azteca-comunicaciones.com)
Enviado el: Jueves, 05 de noviembre de 2015 04:23 p.m.
Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
CC: Robles Alvarado, Florella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Figueroa@redesopticas.com.pe; fholz@azteca-comunicaciones.com
Asunto: RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado Mauro, estamos de acuerdo con la versión remitida, favor proceder con su impresión en limpio e inicio del proceso de visados y firmas.

Asimismo, confirmamos nuestra presencia en la reunión técnica propuesta para esta lunes 9 a las 3pm en vuestras oficinas.

Saludos cordiales,
Pepe



José Montes de Perote
Director Jurídico
AZTECA COMUNICACIONES PERU SAC
Av. 28 de Julio 1011, Piso 6, Miraflores, Lima 18, Perú
Tel. (511) 415 0555 - Anexo 56002
jamonles@azteca-comunicaciones.com

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
[Handwritten Signature]
CARRERA

ARCHIVO

MENSAJE

Ignorar Correo no deseado Eliminar Responder Responder a todos Reunión Más...
 OJO Correo electrón... Responder y eli... Al jefe Listo Crear nuevo Mover Reglas OneNote Acciones Marcar como no leído Categorizar Seguir Traducir Buscar Relacionadas Seleccionar Zoom



viernes 06/11/2015 08:35 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jamontes@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Pjuzman@redesopticas.com.pe; fholtz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR



Mensaje enviado con importancia Alta.

156 (011) 810 0033 - AZTECA COMUNICACIONES
jamontes@azteca-comunicaciones.com

"Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.leon@enel.com> escribió: ---
 Para: "jamontes@azteca-comunicaciones.com" <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
 De: "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.leon@enel.com>
 Fecha: 05/11/2015 15:54
 Cc: "Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR" <fiorella.robles@enel.com>, "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR" <maria.matto@enel.com>, "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR" <soraya.ahomed@enel.com>, "mherrera@azteca-comunicaciones.com" <mherrera@azteca-comunicaciones.com>, "Fouzman@redesopticas.com.pe" <Fouzman@redesopticas.com.pe>, "fholtz@azteca-comunicaciones.com" <fholtz@azteca-comunicaciones.com>
 Asunto: RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado José,

Aceptamos que luego de los 3 años de renta mensual estable, se actualice según la normativa. Adicionalmente, concordamos en colocar que la renta mensual pactada fue calculada la fórmula del reglamento de la Ley 29904. Se envía el contrato con los últimos ajustes de formato, no hemos modificado el contenido de las cláusulas (se agregó última página en el archivo para el firmado al final de los tres anexos).

Esta versión del contrato es la que se imprimirá y se visará por parte del área Legal de Edelnor. Una vez concluido esto, te haremos llegar el contrato para el visado y firma de Azteca, para luego ser firmado por representantes de Edelnor.

Dado que se ha llegado a un acuerdo entre ambas partes, necesitamos a la brevedad los planos que solicitamos en correo anterior y reunirnos el día lunes 09 por la tarde (proponemos 3:00pm) para las coordinaciones operativas. En la reunión estará presente el contratista adjudicado para la instalación y representantes que gestionarán la factibilidad y supervisión.

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Juan Herrera Carbera

ARCHIVO

Mensaje

Ignorar
 Eliminar
 Responder
 Responder a todos
 Responder más tarde
 Reunión
 Acciones rápidas
 Al jefe
 Listo
 Crear nuevo
 Mover
 Reglas
 OneNote
 Acciones
 Marcar como no leído
 Categorizar
 Seguimiento
 Traducir
 Buscar
 Relacionadas
 Seleccionar
 Zoom



viernes 06/11/2015 08:25 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: "lamontes@azteca-comunicaciones.com"

CC: Robles Avarado, Florella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherreno@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesopticas.com.pe; fholz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR

Mensaje enviado con importancia Alta.

Los trabajos de factibilidad iniciarán el miércoles 11 de noviembre. Y la instalación iniciará luego de concluir con la entrega del material a almacenes de nuestra empresa contratista EZENTIS.

Agradecemos confirmación de la reunión de coordinación del día lunes para agendar a los asistentes por parte de EDELNOR.

Saludos,

Mauro León

De: lamontes@azteca-comunicaciones.com [mailto:lamontes@azteca-comunicaciones.com]

Enviado el: jueves, 05 de noviembre de 2015 10:36 a.m.

Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

CC: Robles Avarado, Florella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherreno@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesopticas.com.pe; fholz@azteca-comunicaciones.com

Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado Mauro, muchas gracias por su correo. Hemos procedido con la revisión del contrato y estamos de acuerdo con el mismo, el único cambio que tenemos se refiere al primer numeral de la cláusula cuarta, la misma que hemos ajustado para reflejar nuestro planteamiento.

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
[Signature]

ARCHIVO MENSAGE

Ignorar Eliminar Responder Responder a todos Responder con Reunión Más... Pasos rápidos Mover Reglas... OneNote Marcar como no leído Categorizar Seguimiento Traducir Buscar Relacionadas... Seleccionar... Zoom



viernes 06/11/2015 08:35 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para jamonies@azteca-comunicaciones.com

CC Robles Alvarado, Florencia Blanca, EDELNOR; Malto Cedron, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahumada Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fajunen@redesoplicas.com.pe; jholt@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capetiano, EDELNOR

Mensaje enviado con importancia Alta.

Como lo conversamos hace instantes, es indispensable señalar que los precios acordados han sido determinados en cumplimiento de la normativa legal vigente (todos los contratos que suscribimos con las empresas eléctricas en calidad de concesionarios de la Red Dorsal Nacional son auditados por el estado). Asimismo, y en esa misma línea, no es factible para Azteca estipular que dichos precios quedarán libres y sujetos a una nueva negociación comercial luego de los primeros 3 años de vigencia del contrato. Buscando atender su preocupación estamos dispuestos a acceder que los precios acordados se mantengan inalterados por los tres primeros años, siendo materia de revisión a partir del 4 año pero en función a los cambios que, de ser el caso, se hayan implementados en el marco legal.


Con su aprobación al tener de este numeral 1 de la cláusula cuarta estaríamos listos para proceder con impresión y firmas.

Quedamos a la espera de su confirmación y definición de pasos a seguir.

Finalmente, conforme a lo coordinado telefónicamente quedamos a la espera de su confirmación respecto de la reunión de nuestros equipos técnicos para mañana.

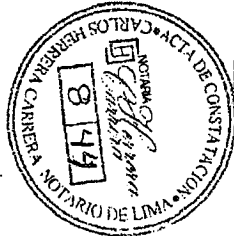
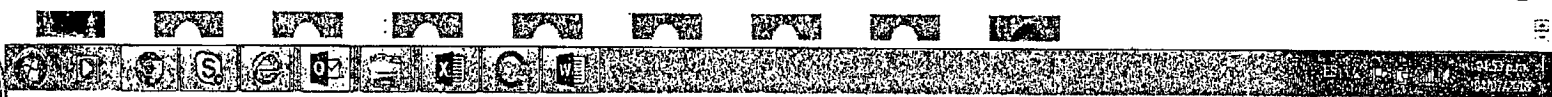
Saludos,

Pepe



José Montes de Peraita
 Director Jurídico
 AZTECA COMUNICACIONES PERU SAC
 Av. 28 de Julio 1011, Piso 4, Miraflores, Lima 18, Perú
 Tel. (511) 615 0555 - Anexo 5600Z
 jamonies@azteca-comunicaciones.com

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carolina

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML)

? [] - [] X

MENSAJE

Ignorar
 Eliminar
 Responder
 Responder a todos
 Responder a todos
 Reunión
 Más
 CJD
 Correo electrón...
 Responder y eli...
 Crear nuevo
 Al jefe
 Listo
 Mover
 Acciones
 Reglas
 OnaNote
 Marcar como no leído
 Categorizar
 Seguimiento
 Traducir
 Relacionadas
 Seleccionar
 Buscar
 Zoom

Eliminar
 Responder
Pesos rápidos
Mover
Etiquetas
Edición
Zoom

viernes 06/11/2015 08:35 a.m.
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: "jamontes@azteca-comunicaciones.com" <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
 CC: Robles Avarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR"; "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR"; mherrera@azteca-comunicaciones.com; "Figueroa@redesopticas.com.pe"; jhrt@azteca-comunicaciones.com; "Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR"

Mensaje enviado con importancia Alta.

Para: "jamontes@azteca-comunicaciones.com" <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
 De: "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.jagn@enek.com>
 Fecha: 04/11/2015 18:39
 Cc: "Robles Avarado, Fiorella Blanca, EDELNOR" <fiorella.robles@enek.com>, "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR" <marfa.matto@enek.com>, "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR" <soraya.ahomed@enek.com>, "mherrera@azteca-comunicaciones.com" <mherrera@azteca-comunicaciones.com>, "Fruzman@redesopticas.com.pe" <Fruzman@redesopticas.com.pe>
 Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado José:
 Se envía el contrato con nuestro comentarios actualizados. Por favor revisar.

Quedamos en espera.

Saludos,

Mauro León Huarac
 Negocios Grandes Clientes
 Subgerencia Grandes Clientes e Institucionales

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
 Soraya Carrera

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar Eliminar Responder Responder a todos Reunión Más

Correo no deseado

Al jefe Listo Responder y elegir Crear nuevo

Reglas OneNote Acciones

Mover

Marcar como no leído Categorizar Seguir seguimiento Traducir

Buscar Relaciones Seleccionar Zoom

Eliminar Responder Pasos rápidos Mover Etiquetas Edición Zoom

viernes 05/11/2015 08:35 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jmonteras@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Floreña Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Alonzo Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; eherrera@azteca-comunicaciones.com; Fuzman@redesopticas.com.pe; jfoz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR



Mensaje enviado con importancia Alta.

Mauro León Huarac

Negocios Grandes Clientes

Subgerencia Grandes Clientes e Institucionales



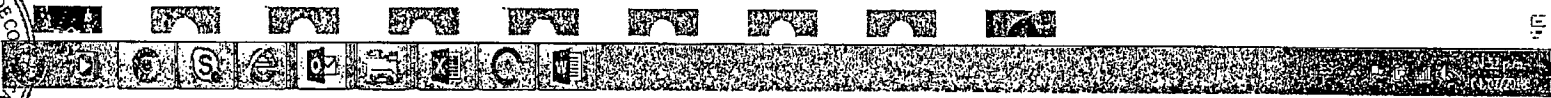
Editor en línea de GroupLive

Jr. César López 155, piso 2, Miraflores

Lima, Perú

T: +(511) 517-2895

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carolina Herrera

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML)

MENSAJE

Ignorar, Correo no deseado, Eliminar, Responder, Responder a todos, Reservar, Más, Reunión, OJO, Al jefe, Correo electrónico, Listo, Responder y eliminar, Crear nuevo, Pasos rápidos, Reglas, OneNote, Acciones, Mover, Marcar como no leído, Etiquetas, Buscar, Relacionadas, Traducir, Seleccionar, Zoom

Viernes 06/11/2015 08:35 a.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jmonotes@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Maito Celderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fajman@redesopticas.com.pe; jfcz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capstrano, EDELNOR

Mensaje enviado con importancia Alta.

||

edelnor 

Editar en una ventana del Grupo Ene!

Jr. César López 155, piso 2, Maranga

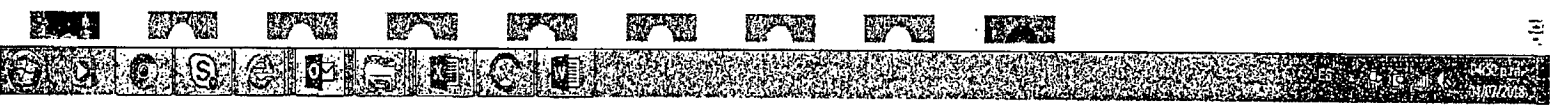
Lima, Perú

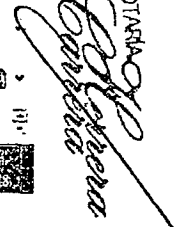
T + (51) 517-2905

mauro.leon@ene!com

Este mensaje de correo electrónico y sus documentos adjuntos están dirigidos EXCLUSIVAMENTE a los destinatarios especificados. La información contenida puede ser CONFIDENCIAL y/o estar LEGALMENTE PROTEGIDA y no necesariamente refleja la opinión del Grupo ENE!. Si usted recibe este mensaje por ERROR, por favor comuníquese inmediatamente al remitente y ELIMÍNELO ya que usted NO ESTÁ AUTORIZADO al uso, revelación, distribución, impresión o copia de toda o alguna parte de la información contenida. Gracias.

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.




NOTARIA


RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML)

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar Correo no deseado Eliminar Responder Responder a todos Reunión Más -

OJO Al jefe Correo electrón... Listo Responder y eli... Crear nuevo

Reglas OneNote Acciones Mover

Marcar como no leído Categorizar Seguimiento Etiquetas

Buscar Relacionadas Seleccionar Zoom

Eliminar Responder Pasos rápidos Mover Etiquetas Edición Zoom

Wernes 06/11/2015 09:35 a.m.
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: 'janorita@azteca-comunicaciones.com'

CC: Robles Alvarado, Flor de Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Alhomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherre@azteca-comunicaciones.com; Figueroa@redesopticas.com.pe; jrob@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR



Mensaje enviado con importancia Alta.

This e-mail message and any attached files are intended SOLELY for the addressee/s identified herein. It may contain CONFIDENTIAL and/or LEGALLY PRIVILEGED information and may not necessarily represent the opinion of ENEL Group. If you receive this message in ERROR, please immediately notify the sender and DELETE it since you ARE NOT AUTHORIZED to use, disclose, distribute, print or copy all or part of the contained information.

Thank you.



Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carlos Herbera Carrera

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML)

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar Eliminar Responder Responder a todos Reunión Más Eliminar Responder Pasos rápidos Mover Acciones Reglas OneNote Marcar como no leído Categorizar Seguimiento Traducir Relaciones Selección Zoom

viernes 06/11/2015 08:35 a.m.
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jamontes@azteca-comunicaciones.com
 CC: Robles Alvarez, Florencia Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; aherrera@azteca-comunicaciones.com; Figueras@redescopulos.com.pe; jholz@azteca-comunicaciones.com; Suarez Lozano, Juan Capistrano, EDELNOR

Mensaje enviado con importancia Alta.

[anexo "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 04-11-15.docx" eliminado por Jose Armando Montes de Peralta Callirgos/azteca/aztecomunicaciones]

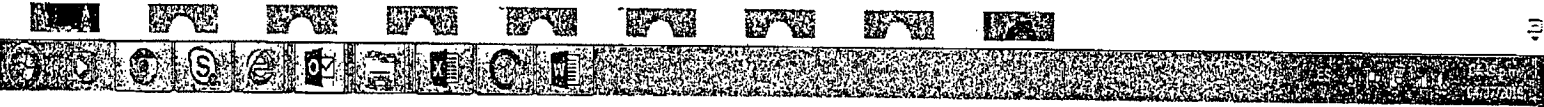
Este mensaje de correo electrónico y sus documentos adjuntos están dirigidos EXCLUSIVAMENTE a los destinatarios especificados. La información contenida puede ser CONFIDENCIAL y/o estar LEGALMENTE PROTEGIDA y no necesariamente refleja la opinión del Grupo ENEL. Si usted recibe este mensaje por ERROR, por favor comuníquese inmediatamente al remitente y ELIMÍNELO ya que usted NO ESTA AUTORIZADO al uso, revelación, distribución, impresión o copia de toda o alguna parte de la información contenida. Gracias.

This e-mail message and any attached files are intended SOLELY for the addressee/s identified herein. It may contain CONFIDENTIAL and/or LEGALLY PRIVILEGED information and may not necessarily represent the opinion of ENEL Group. If you receive this message in ERROR, please immediately notify the sender and DELETE it since you ARE NOT AUTHORIZED to use, disclose, distribute, print or copy all or part of the contained information.

Thank you.

[anexo "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-15.docx" eliminado por Jose Armando Montes de Peralta Callirgos/azteca/aztecomunicaciones]

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
 [Handwritten signature]

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML) (solo lectura)

MENSAJE

Ignorar, Correo no deseado, Eliminar, Responder, Responder a todos, Reenviar, Más, Reunión, Otros, Al jefe, Correo electrón..., Listo, Responder y eli..., Crear nuevo, Fieglas, OneNote, Mover, Acciones, Asignar directiva, Marcar como no leído, Etiquetas, Buscar, Relacionadas, Seleccionar, Zoom, Edición

Jueves 05/11/2015 03:55 p.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: 'jamontes@azteca-comunicaciones.com'

CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mharsara@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redsopticas.com.pe; jholz@azteca-comunicaciones.com

Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-15.docx (99 KB)

Estimado José,

Acceptamos que luego de los 3 años de renta mensual estable, se actualice según la normativa. Adicionalmente, concordamos en colocar que la renta mensual pactada fue calculada la fórmula del reglamento de la Ley 29504. Se envía el contrato con los últimos ajustes de formato, no hemos modificado el contenido de las cláusulas (se agregó última página en el archivo para el firmado al final de los tres anexos).

Esta versión del contrato es la que se imprimirá y se visará por parte del área Legal de Edelnor. Una vez concluido esto, te haremos llegar el contrato para el visado y firma de Azteca, para luego ser firmado por representantes de Edelnor.

Dado que se ha llegado a un acuerdo entre ambas partes, necesitamos a la brevedad los planos que solicitamos en correo anterior y reunimos el día lunes 09 por la tarde (proponemos 3:00pm) para las coordinaciones operativas. En la reunión estará presente el contratista adjudicado para la instalación y representantes que gestionarán la factibilidad y supervisión.

Los trabajos de factibilidad iniciarán el miércoles 11 de noviembre. Y la instalación iniciará luego de concluir con la entrega del material a almacenes de nuestra empresa contratista EZENTIS.

Agradeceremos confirmación de la reunión de coordinación del día lunes para agendar a los asistentes por parte de EDELNOR.

Saludos,
Mauro León

De: jamontes@azteca-comunicaciones.com [mailto:jamontes@azteca-comunicaciones.com]
 Enviado el: jueves, 05 de noviembre de 2015 10:36 a.m.
 Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mharsara@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redsopticas.com.pe; jholz@azteca-comunicaciones.com
 Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
 Carrera Carrera

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML) (solo lectura)

MENSAJE

Ignorar, Correo no deseado, Eliminar, Responder, Responder a todos, Reenviar, Más, Reunión

Otros, Al jefe, Correo electrón..., Listo, Responder y eli..., Crear nuevo

Reglas, OneNote, Acciones, Mover, Asignar, Marcar como no leído, Etiquetas, Buscar, Relacionadas, Traducir, Seleccionar, Zoom

Jueves 05/11/2015 09:55 p.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jmontes@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesopticas.com.pe; jholz@azteca-comunicaciones.com

Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-15.docx (95 KB)

De: jmontes@azteca-comunicaciones.com [mailto:jmontes@azteca-comunicaciones.com]

Enviado el: jueves, 05 de noviembre de 2015 10:36 a.m.

Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

CC: Robles Alvarado, Fiorella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesopticas.com.pe; jholz@azteca-comunicaciones.com

Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado Mauro, muchas gracias por su correo. Hemos procedido con la revisión del contrato y estamos de acuerdo con el mismo, el único cambio que tenemos se refiere al primer numeral de la cláusula cuarta, la misma que hemos ajustado para reflejar nuestro planteamiento.

Como lo conversamos hace instantes, es indispensable señalar que los precios acordados han sido determinados en cumplimiento de la normativa legal vigente (todos los contratos que suscribimos con las empresas eléctricas en calidad de concesionarios de la Red Dorsal Nacional son auditados por el estado). Asimismo, y en esa misma línea, no es factible para Azteca estipular que dichos precios quedarán libres y sujetos a una nueva negociación comercial luego de los primeros 3 años de vigencia del contrato. Buscando atender su preocupación estamos dispuestos a acceder que los precios acordados se mantengan inalterados por los tres primeros años, siendo materia de revisión a partir del 4 año pero en función a los cambios que, de ser el caso, se hayan implementados en el marco legal.

Con su aprobación al tener de este numeral 1 de la cláusula cuarta estaríamos listos para proceder con impresión y firmas. Quedamos a la espera de su confirmación y definición de pasos a seguir.

Finalmente, conforme a lo coordinado telefónicamente quedamos a la espera de su confirmación respecto de la reunión de nuestros equipos técnicos para mañana. Saludos, Pepe

azteca
Comunicaciones Perú

José Montes de Peraulta
Director Jurídico
AZTECA COMUNICACIONES PERU SAC
Av. 28 de Julio 1011, Piso 6, Miraflores, Lima 18, Perú
Tel. (511) 615 0555 - Anexo 56002
jmontes@azteca-comunicaciones.com

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
CARRERA
15/11/2015

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML) (solo lectura)

7 - 5 X

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar Eliminar Responder Responder a todos Responder Reunión Más... Otros Al jefe Reglas OneNote Asignar Marcar como Categorizar Seguimiento Traducir Buscar Relacionadas Seleccionar Zoom

Mover Acciones Asignar directiva Marcar como no leído Etiquetas Seguimiento Traducir Buscar Relacionadas Seleccionar Zoom

Eliminar Responder Pasos rápidos Mover Acciones Etiquetas Edición Zoom

Jueves 05/11/2015 02:55 p.m.

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para "jeronotes@azteca-comunicaciones.com"

CC: Robles Alvarado, Florencia Blanca, EDELNOR; Mario Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soroya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redesopticas.com.pe; jfoz@azteca-comunicaciones.com

Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-15.docx (99 KB)

<soraya.ahomed@enel.com>, "mherrera@azteca-comunicaciones.com" <mherrera@azteca-comunicaciones.com>, "Fguzman@redesopticas.com.pe" <Fguzman@redesopticas.com.pe>
Asunto: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Estimado José:

Se envía el contrato con nuestro comentarios actualizados. Por favor revisar.

Quedamos en espera.

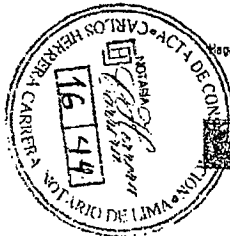
Saludos,

Mauro León Huarac

Negocios Grandes Clientes

Subgerencia Grandes Clientes e Institucionales

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carlos Herrera Carrión

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML) (solo lectura)

ARCHIVO MENSAJE

Ignorar, Correo no deseado, Eliminar, Responder, Responder a todos, Reservar, Más, Reunión, Otros, Correo electrón..., Responder y et..., Al jefe, Listo, Crear nuevo, Mover, Acciones, Reglar, OneNote, Asignar directiva, Marcar como no leído, Categorizar, Seguimiento, Etiquetas, Traducir, Buscar, Relacionadas, Seleccionar, Zoom, Edición, Zoom

jueves 05/11/2015 03:55 p.m.
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: janzonites@azteca-comunicaciones.com
 CC: Robles Alvarado, Florencia Blanca, EDELNOR; "Natalia Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR"; "Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR"; "mherrera@azteca-comunicaciones.com"; "Figueroa@redesopticas.com.pe"; "fhoza@azteca-comunicaciones.com"

Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-13.docx (99 KB)

Jr. César López 155, piso 2, Miraflores
 Lima, Perú
 T: +(51) 517-2995
mauro.leon@enel.com

Este mensaje de correo electrónico y sus documentos adjuntos están dirigidos EXCLUSIVAMENTE a los destinatarios especificados. La información contenida puede ser CONFIDENCIAL y/o estar LEGALMENTE PROTEGIDA y no necesariamente refleja la opinión del Grupo ENEL. Si usted recibe este mensaje por ERROR, por favor comuníquese inmediatamente al remitente y ELIMÍNELO ya que usted NO ESTÁ AUTORIZADO al uso, revelación, distribución, impresión o copia de toda o alguna parte de la información contenida. Gracias.

This e-mail message and any attached files are intended SOLELY for the addressee/s identified herein. It may contain CONFIDENTIAL and/or LEGALLY PRIVILEGED information and may not necessarily represent the opinion of ENEL Group. If you receive this message in ERROR, please immediately notify the sender and DELETE it since you ARE NOT AUTHORIZED to use, disclose, distribute, print or copy all or part of the contained information.

Thank you.

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carolina

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO - Mensaje (HTML) (solo lectura)

ARCHIVO

MENSAJE

Eliminar Correo no deseado Firmar Responder Responder a todos Reservar Reunión Más Otros Al jefe Reglas OneNote Asignar Marcar como no leído Etiquetas Categorizar Seguimiento Traducir Buscar Relacionadas Seleccionar Zoom

Eliminar Responder Pasos rápidos Mover Acciones Etiquetas Edición Zoom



Jueves 05/11/2015 03:55 p.m.

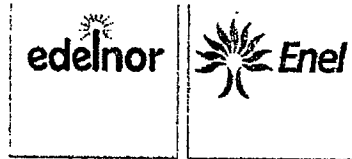
Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

RE: REVISION DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: jmontes@azteca-comunicaciones.com

CC: Robles Alvarado, Florencia Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Mario Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Mario del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrero@azteca-comunicaciones.com; fguaman@redesopticas.com.pe; jpot@azteca-comunicaciones.com

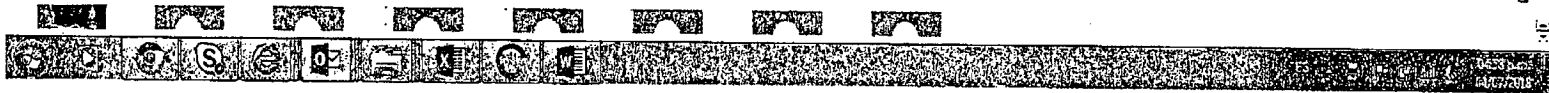
Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 05-11-15.docx (9 KB)



Edelnor es una empresa del Grupo Enel

[anexo "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev EDN 04-11-15.docx" eliminado por Jose Armando Montes de Peralka Callirgos/azteca/aztecacomunicaciones]

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
Carolina Herrera

NOTARIA
*Herrera
Carrera*

**CONTRATO DE ACCESO Y USO
DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA**

entre

EDELNOR S.A.A.

y

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C

Lima, 09 de noviembre de 2015



CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA

Conste por el presente documento, el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica que celebran las siguientes partes:

- (a) EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA DE LIMA NORTE S.A.A. ("EDELNOR"), con Registro Único de Contribuyente No. 20269985900, con domicilio en Calle César López Rojas No. 201, distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por el señor Carlos Alberto Solís Pino, identificado con Carné de Extranjería N° 000510745 y el señor Walter Sciutto Brattoli, identificado con Carné de Extranjería N° 000153713, ambos con poderes inscritos en la Partida N° 11008737 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao; y,
- (b) AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA"), con Registro Único de Contribuyente No. 20562692313, con domicilio en Av. 28 de Julio No. 1011, Piso 5, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por sus Representantes Legales, el señor Francisco Madrazo de la Torre, identificado con Carnet de Extranjería No. 001293944, y el señor José Armando Montes de Peralta Callirgos, identificado con documento nacional de identidad No. 10805099, según poderes inscritos en la Partida Registral No. 13239517 del Registro de Personas Jurídicas de Lima y Callao.

Este Contrato se celebra con sujeción a los siguientes términos y condiciones:

Cláusula Primera.-

Antecedentes

- (1) EDELNOR es una empresa de derecho privado que desarrolla actividades de distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad en la zona norte de Lima y Callao, contando para tal efecto con la concesión definitiva otorgada mediante Resolución Suprema N° 032-94-EM y Resolución Suprema N° 080-96-EM.
- (2) AZTECA es una persona jurídica que se dedica al desarrollo de actividades de telecomunicaciones.
- (3) Con fecha 17 de junio del 2014, AZTECA suscribió con el Estado Peruano el "Contrato de Concesión del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Nacional Centro" ("Contrato de Concesión"), mediante el cual AZTECA se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener la Red Dorsal Nacional y a operar los servicios descritos por dicho contrato.
- (4) AZTECA se encuentra interesada en usar cierta infraestructura de EDELNOR, a efectos de tender cables de fibra óptica que le permitan prestar los servicios a su cargo en virtud del Contrato de Concesión.
- (5) En cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada mediante Ley N° 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, AZTECA ha efectuado un requerimiento a EDELNOR para acceder y usar Infraestructura, tal como se encuentra definida en la Cláusula Segunda de este Contrato.
- (6) Después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo establecido por el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, AZTECA y EDELNOR han acordado suscribir el presente Contrato.



Cláusula Segunda.-

Definiciones e Interpretación

(1) Para efectos de este Contrato, los siguientes términos tendrán los siguientes significados:

“Anexos” significan los siguientes documentos que forman parte de este Contrato:

Anexo N° 1: Condiciones Económicas

Anexo N° 2: Tramos de Infraestructura que Azteca requerirá el tendido de Cable de Fibra Óptica

Anexo N° 3: Especificaciones técnicas y manual de instalación del Cable de Fibra Óptica.

“Autoridad Gubernamental” significa cualquier entidad u autoridad nacional, regional, departamental, provincial o municipal, o cualquiera de sus dependencias o agencias, reguladoras o administrativas, o cualquier organismo que ejerza funciones ejecutivas, legislativas, regulatorias, jurisdiccionales, municipales o administrativas que correspondan a funciones de gobierno y ejerzan jurisdicción sobre las Personas o materias en cuestión.

“Cable de Fibra Óptica” significa los cables de fibra óptica totalmente dieléctrica del tipo ADSS (All-Dielectric Self-Supporting) de propiedad de AZTECA que son empleados para prestar los Servicios de Telecomunicaciones.

“Conocimiento”:
significa, con respecto a AZTECA, el efectivo conocimiento que haya adquirido el gerente general u otro funcionario de posición de gerente o quien ejerza funciones similares o equivalentes a tales funcionarios o el que debió ser adquirido por éstos, en razón de su intervención en los negocios de AZTECA y conforme con los parámetros de diligencia ordinaria exigidos para esta clase de negocios.

“Contrato”:
significa este contrato y sus Anexos, tal como sean modificados de tiempo en tiempo.

“Control Efectivo”:
significa la situación en la cual una Persona tiene Control Efectivo de una persona jurídica cuando: (i) es propietaria, de manera directa o indirecta, de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones con derecho a voto en su junta general de accionistas; (ii) sin contar con más del cincuenta por ciento (50%) de los derechos de voto en su junta general de accionistas, puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente; (iii) posee, de manera directa o indirecta, una representación en su directorio, u órgano equivalente, superior al cincuenta por ciento (50%) de sus integrantes; o, (iv) por cualquier medio no previsto anteriormente (sea contractual o no) controla el poder de decisión al interior de una persona jurídica.

NOTARIA
*Herrera
Carrera*

- “Días” significa días calendario.
- “Día Hábil”: significa cada uno de los cinco (5) días de la semana, que comienzan el lunes y terminan el viernes, salvo feriados, en que todos los bancos que operan en la ciudad de Lima se encuentran abiertos con atención al público en general en sus oficinas principales.
- “Efecto Sustancialmente Adverso”: significa cualquier acto, hecho o circunstancia que, a criterio de EDELNOR materialmente: (i) tenga un efecto de detrimento respecto de la condición financiera y/o económica, actividades, resultados o propiedades de AZTECA; o (ii) afecte la capacidad de AZTECA de cumplir con las obligaciones establecidas en este Contrato; o (iii) afecte la legalidad, vigencia, validez o ejecutabilidad de este Contrato, de las obligaciones de AZTECA o de los derechos de EDELNOR.
- “Infraestructura” significa los postes, las torres, los ductos y las cámaras de las redes de distribución de energía eléctrica de EDELNOR, así como el espacio de las subestaciones utilizadas para prestar el servicio de distribución de energía eléctrica.
- “Legislación Aplicable” significa la legislación vigente en la República del Perú.
- “Normas Técnicas” significa técnicas emitidas por los entes normativos nacionales (MEM, INDECOPI, OSINERGMIN u otras entidades gubernamentales competentes según corresponda) y normas particulares de EDELNOR.
- “Partes” significa conjuntamente EDELNOR y AZTECA.
- “Persona” significa cualquier persona natural o jurídica, asociación de hecho o de derecho, fideicomiso, entidad de gobierno o similar.
- “Servicios de Telecomunicaciones” significa tanto el Servicios Portador como las Facilidades Complementarias, tal como estos términos son definidos en el Contrato de Concesión.
- “Trabajos de Remoción” significa los trabajos de remoción de los Cables de Fibra Óptica instalados en la Infraestructura.
- (2) Los términos cuyas iniciales se encuentren en mayúsculas en este Contrato y que no estén definidos en este documento tendrán el significado establecido en el respectivo Anexo.



NOTARIA
INOTABIA
CARRERA
CARRERA
CARRERA

- (3) Cualquier referencia en este Contrato a género incluye todos los géneros. Las palabras en singular incluyen el plural y viceversa.
- (4) Salvo que se haya establecido de otro modo, cualquier referencia a este Contrato o a algún Anexo ha de ser entendida a este Contrato o a dicho Anexo, tal como el mismo sea, de tiempo en tiempo, modificado, sustituido o complementado por las Partes.
- (5) Salvo que se haya establecido de otro modo, cualquier referencia en este Contrato a una norma se refiere a tal norma y a todas sus reglamentaciones, tal como sean modificados o sustituidos de tiempo en tiempo.
- (6) De producirse una falta de concordancia, ajuste o correspondencia entre este documento y los Anexos, primará este documento.
- (7) De producirse una falta de concordancia, ajuste o correspondencia entre este Contrato y un Contrato Específico, primará este Contrato.

Cláusula Tercera.-

Objeto del Contrato

- (1) Por este Contrato, EDELNOR y AZTECA acuerdan los términos y condiciones bajo los cuales EDELNOR concederá a AZTECA el acceso y uso de su Infraestructura, tal ésta se encuentra descrita en el Anexo N° 2. Las Partes pueden acordar modificar la cantidad de Infraestructura a utilizar, incrementándola o reduciéndola por modificaciones a la ruta existente o por desarrollo de nuevas rutas. Para tal fin, deberán suscribir la adenda correspondiente. Los términos y condiciones establecidos en este Contrato serán aplicables a cualquier modificación de la Infraestructura.
- (2) AZTECA declara conocer y aceptar que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de que EDELNOR le conceda no impedirá que EDELNOR continúe usando la Infraestructura para sus propios fines u otorgue a otras Personas derechos iguales o similares a los concedidos a AZTECA. En consecuencia, ni este Contrato ni algún Contrato Específico podrá otorgar exclusividad alguna a favor de AZTECA o imponer restricciones de uso de la Infraestructura a EDELNOR.
- (3) AZTECA será el único responsable por la utilización de la Infraestructura para la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones.
- (4) Cualquier aprobación de EDELNOR respecto de los trabajos, procedimientos, métodos, sistemas y actividades a cargo de AZTECA no implica la liberación de responsabilidad de AZTECA. En consecuencia, aun cuando haya autorizado una acción específica por parte de AZTECA, EDELNOR tendrá derecho a ser indemnizado en caso dicha acción le genere daños o sanciones.
- (5) EDELNOR podrá modificar en cualquier momento su Infraestructura si es que la prestación de los servicios públicos a su cargo así lo requiere o si EDELNOR considera que tal acción es necesaria o conveniente para la prestación de los referidos servicios. Si la modificación de la Infraestructura genera la necesidad de realizar modificaciones a los trabajos que se aprueben o a los Cables de Fibra Óptica instalados, AZTECA asumirá a su costo tales modificaciones.
- (6) AZTECA podrá solicitar a EDELNOR la coubicación de equipos de telecomunicaciones en los locales de las subestaciones eléctricas de EDELNOR. De ser aprobada la coubicación por parte de EDELNOR, Las Partes suscribirán un acuerdo específico de coubicación de equipos. La retribución a la que hace referencia la Cláusula Cuarta no cubre la eventual coubicación de equipos



NOTARIA
Herrera
Carrera

Cláusula Cuarta.-

Retribución

- (1) Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.
- (2) Por los servicios de evaluación de factibilidad de acceso y uso de Infraestructura, AZTECA pagará a EDELNOR la retribución indicada en el Anexo N° 1.
- (3) Por los servicios de instalación y de supervisión de los trabajos de instalación del Cable de Fibra Óptica en Infraestructura de alta tensión, media tensión y baja tensión AZTECA pagará a EDELNOR la retribución establecida en el Anexo N° 1. Así mismo es responsabilidad de AZTECA la entrega oportuna de los materiales a usar en la ubicación que indique EDELNOR. Queda bajo responsabilidad de EDELNOR los materiales menudos o menores a usar.
- (4) Las pruebas ópticas (de fusión y continuidad) que serán efectuadas para efectos de validar y dar por concluidos y aceptados los trabajos de instalación a ser provistos por EDELNOR se encuentran incluidas en los montos de la retribución por los servicios de instalación que se detallan en el Anexo N°1.
- (5) En caso que AZTECA no cumpla con pagar los montos adeudados a EDELNOR en los plazos previstos al efecto, aquél incurrirá en mora automática. En tal caso, AZTECA pagará, además de los referidos montos, los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Legislación Aplicable.
- (6) En caso EDELNOR requiera realizar inversiones para adecuar la Infraestructura a los requerimientos de AZTECA, esta última deberá pagar una contraprestación adicional. Para tal fin, las Partes procederán de la siguiente manera: EDELNOR deberá evaluar la factibilidad técnica de la adecuación requerida por AZTECA en un plazo de 12 Días Hábiles. En caso que tal adecuación sea técnicamente factible, EDELNOR comunicará esta circunstancia a AZTECA, adjuntando el valor de las inversiones iniciales que requieren ser realizadas. AZTECA pagará el referido valor en el plazo máximo de 15 Días Hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la factura correspondiente. Producido el pago del referido valor, EDELNOR empezará la ejecución de las correspondientes obras. Si AZTECA no efectúa el pago del valor indicado en el plazo previsto, EDELNOR entenderá que AZTECA ya no requiere la adecuación presupuestada. En el supuesto de identificarse Infraestructura que requiera adecuación previa a la colocación del Cable de Fibra Óptica en un tramo o línea en particular, EDELNOR seguirá el procedimiento descrito en los acápites 6 y 7 de la presente Cláusula, sin perjuicio de la aprobación de la utilización por parte de AZTECA de la demás Infraestructura, que se encuentra en el tramo o línea, que no requiera dichos trabajos de adecuación.
- (7) Queda convenido entre las Partes que en caso se identifique la necesidad de efectuar trabajos de adecuación sobre uno o más elementos de la Infraestructura de EDELNOR que requiera ser empleado por AZTECA, EDELNOR autorizará a AZTECA efectuar los trabajos sobre los elementos de la Infraestructura que no requieren adecuación dentro de los plazos convenidos, debiendo AZTECA implementar una solución técnica provisional, la misma que será coordinada a través del Comité Técnico, a efectos de no emplear los elementos de la Infraestructura a ser adecuados.

Las referidas soluciones técnicas provisionales serán mantenidas hasta que EDELNOR haya culminado los trabajos de adecuación correspondientes, lo cual será comunicado a AZTECA a efectos que proceda a efectuar los trabajos de instalación regulares sobre dichos elementos en un plazo razonable y bajo las condiciones establecidas en el Contrato.





Con la finalidad de que EDELNOR pueda verificar la factibilidad técnica de instalar el equipamiento solicitado, AZTECA enviará el detalle de las estructuras mediante coordenadas georeferenciadas en WGS 84 con los detalles constructivos de la nueva instalación.

Cláusula Quinta.- *Plazo del Contrato*

El presente Contrato estará vigente desde la fecha en que sea suscrito por las Partes y por todo el plazo en el que el Contrato de Concesión de AZTECA se encuentre vigente.

Cláusula Sexta.- *Control y Supervisión*

- (1) EDELNOR se reserva el derecho de inspeccionar en forma permanente y sin necesidad de previo aviso la infraestructura de AZTECA instalada sobre la Infraestructura, así como el uso que se da a esta.
- (2) Sin perjuicio de ello, Las Partes acuerdan que mientras duren los trabajos de tendido del Cable de Fibra Óptica sobre Infraestructura de alta media, media tensión y de baja tensión, EDELNOR deberá contar en todo momento y de manera indefectible con personal de supervisión. Dicho personal de supervisión deberá pertenecer a una empresa de primer nivel con experiencia en trabajos de instalación sobre infraestructura eléctrica, la cual será contratada por EDELNOR, AZTECA asumirá el costo de la Supervisión según Anexo N° 1 del presente Contrato.
- (3) El responsable de la supervisión deberá ser un Ingeniero Eléctrico y/o de Telecomunicaciones o afines colegiado el mismo que responderá directamente las directivas impartidas por EDELNOR y cumplirá con remitir a EDELNOR, mientras duren los trabajos de instalación, lo siguiente:
 - a. En forma diaria: Evento relevante que se haya suscitado en campo
 - b. En forma semanal: Reporte de las actividades efectuadas en campo
- (4) En caso que EDELNOR detecte diferencias de exceso entre lo estipulado en el presente Contrato y lo efectivamente instalado por AZTECA, deberá proceder a comunicar por escrito a esta última dichas diferencias, otorgándole un plazo no menor de diez (10) Días Hábiles para que AZTECA presente sus descargos a las observaciones planteadas y/o presente, a satisfacción de EDELNOR, un plan mediante el cual regularice esta situación. Vencido el plazo se procederá a una inspección conjunta para comprobar dichas diferencias a fin de subsanarlas y determinar las modificaciones a que hubiere lugar.
- (5) Luego de efectuada la inspección conjunta y de constatarse por ambas partes la existencia de diferencias, EDELNOR otorgará a AZTECA un plazo razonable para que dé solución definitiva a la irregularidad existente. Dicho plazo en ningún caso podrá exceder 20 Días ni ser menor a 10 Días Hábiles.
- (6) En caso no se proponga una solución satisfactoria o no se subsane la irregularidad existente en los plazos señalados, EDELNOR podrá efectuar el cobro correspondiente por la Infraestructura excedente detectada y aplicar la penalidad correspondiente.



NOTARIA
Herrera
Carrera

Cláusula Octava.-

Comité Técnico

- (1) Con el fin de coordinar las actividades que en desarrollo de este Contrato deban desarrollar las Partes, se conformará un Comité Técnico dentro de los quince (15) Días siguientes a la suscripción de este Contrato. El referido comité estará integrado por dos representantes de cada una de las Partes y tendrá como función estudiar, analizar y programar la totalidad de asuntos operacionales y técnicos involucrados en la ejecución de este Contrato.
- (2) El Comité Técnico tendrá funciones ejecutoras y en caso de hacerse necesaria la adopción de nuevos acuerdos que modifiquen, amplíen o en general tengan efectos sobre el objeto de este Contrato, formulará las recomendaciones pertinentes a sus representantes legales para la adopción de las determinaciones que resulten pertinentes. El Comité Técnico adoptará su propio reglamento en el que fijará la periodicidad de sus reuniones, lugar, asuntos de conocimiento y demás temas relativos a sus funciones.
- (3) En caso que para la implementación de alguna recomendación del Comité Técnico sea necesario modificar alguna disposición del presente Contrato, las Partes se obligan a suscribir la adenda o cláusula adicional correspondiente

Cláusula Novena.-

Aspectos Operativos

- (1) Cuando las obras realizadas por AZTECA o la infraestructura de AZTECA genere riesgo o afecte la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR, y/o las condiciones de estabilidad mecánica de la Infraestructura, EDELNOR se reserva el derecho de remover uno o más elementos de las obras o de la infraestructura de AZTECA. En dichos casos, EDELNOR deberá comunicar a AZTECA su decisión de remover los referidos elementos con quince (15) Días de anticipación, sustentando las razones de su decisión y otorgando dicha información a AZTECA para que pueda realizar las subsanaciones o reubicaciones correspondientes. Al vencimiento del plazo de quince (15) Días, y siempre que continúe la afectación por parte de las obras o la infraestructura de AZTECA, EDELNOR se encuentra facultado para efectuar las acciones de remoción que correspondan, cargando a AZTECA los gastos en que incurra por dichas acciones. El ejercicio del derecho de remoción no generará responsabilidad ni penalidad alguna para EDELNOR. En estos casos, EDELNOR procederá a aplicar una penalidad a AZTECA siempre que la generación del riesgo o afectación de la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR y/o las condiciones de estabilidad mecánica de la Infraestructura sean generadas por causas directamente imputables a AZTECA.
- (2) Cuando la infraestructura de AZTECA afecte la seguridad de personas o genere riesgo inminente de afectación a la seguridad de las personas, de evento emergencia o de peligro, EDELNOR podrá realizar la exclusión de los Cables de Fibra Óptica de AZTECA de forma inmediata y guardando un registro que acredite las situaciones de seguridad que motivaron la exclusión. Salvo que no sea posible por la emergencia de la situación, EDELNOR comunicará a AZTECA dentro de las dos (2) horas siguientes de detectada la emergencia, vía correo electrónico, las acciones a ser tomadas a fin de que esta última pueda apersonar un representante o una cuadrilla para verificar la situación y presenciar la exclusión. La ausencia del representante o cuadrilla de AZTECA no impedirá a EDELNOR llevar a cabo la exclusión. De no apersonarse representante alguno de AZTECA al momento de la exclusión, EDELNOR notificará a esta última, a la brevedad, las acciones realizadas. El ejercicio del derecho de exclusión no generará responsabilidad ni penalidad alguna para EDELNOR. En estos casos, EDELNOR procederá a aplicar una penalidad a AZTECA siempre que la emergencia generada causas directamente imputables a AZTECA.



NOTARIA
Herrera
Carrera

de protección personal y de seguridad exigidos por la Legislación Aplicable. EDELNOR podrá no autorizar la realización de trabajos del personal de AZTECA en caso dicho personal no cuente con los elementos antes indicados.

- (e) En caso de subcontratación, obtener la autorización previa y por escrito de EDELNOR.
 - (f) Cumplir con la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo, de modo que el personal que ejecute los Proyectos esté debidamente protegido.
 - (g) Remitir a EDELNOR, con una anticipación de cinco (5) Días, el cronograma y la lista de actividades semanales que programe realizar en la Infraestructura, indicando fechas, tiempos de intervención, áreas de intervención y personas que participarán.
 - (h) Obrar con la diligencia debida, al adecuar, ubicar, o colocar sus instalaciones, equipos o acometidas, cumpliendo en todo momento las Normas Técnicas y la Legislación Aplicable. Los trabajos que se efectúen en virtud del presente Contrato de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia interferirán con la prestación de los servicios públicos a cargo de EDELNOR.
 - (i) Velar debidamente por la seguridad de las personas y de los bienes que puedan ser afectadas por el desarrollo de las labores en ejecución de los Proyectos.
 - (j) Solicitar todo permiso o autorización que corresponda a EDELNOR de manera escrita y con una anticipación como mínimo de 24 horas.
 - (k) Asumir el costo, el riesgo y la responsabilidad de los trabajos de Operación y Mantenimiento aprobados por EDELNOR.
 - (l) Adicionalmente, las establecidas en la Ley N° 29904 y su Reglamento.
 - (m) Gestionar, tramitar y asumir los costos de todo permiso municipal, provincial, regional y/o gubernamental para la ejecución de los trabajos de instalación, operación y mantenimiento de la fibra óptica.
 - (n) Gestionar, tramitar y asumir los costos todo permiso a terceros que corresponda para la ejecución de los trabajos de instalación, operación y mantenimiento de la fibra óptica.
- (2) Si EDELNOR advierte la existencia de algún incumplimiento de alguna de las obligaciones a las que hace referencia en numeral (1) precedente, EDELNOR podrá suspender los trabajos objeto del presente Contrato u otorgar un plazo de subsanación no mayor de 15 Días. En caso opte por esto último y AZTECA no cumpla con la subsanación correspondiente en el plazo indicado, EDELNOR podrá resolver este Contrato.
- (3) Constituyen obligaciones de EDELNOR:
- (a) Entregar a AZTECA, en un plazo de diez (10) Días, la planimetría pertinente de la Infraestructura. En caso de requerirse el análisis de carga en alguna estructura que compone la red, EDELNOR deberá suministrar los datos de las especificaciones técnicas como: tipo y características de la estructura, cargas de diseño, factores de seguridad, antigüedad de la infraestructura, estado actual, cruces existentes con otras líneas de transmisión, entre otros, en función a los datos que obren en su poder.
 - (b) Prestar los servicios detallados en el Anexo 1 de acuerdo a los términos, condiciones y alcances detallados en el presente Contrato y sus anexos y dando cumplimiento a la normativa técnica y legal aplicable a los mismos.



- (b) Previa solicitud notificada con tres (3) Días de anticipación, dar acceso al personal de AZTECA a la Infraestructura, a fin de dar cumplimiento al objeto del presente contrato y/o se efectúe una labor de operación o mantenimiento.
- (c) Dar aviso escrito a AZTECA, con quince (15) Días de antelación, sobre cualquier labor de mantenimiento (preventivo y/o correctivo), limpieza, ampliación u otra similar que realice en la Infraestructura.
- (d) Velar porque sus empleados y contratistas no afecten los Cables de Fibra Óptica de AZTECA ni los elementos que la componen.
- (e) Reparar o reponer por el valor comercial los bienes de AZTECA que resulten dañados por causas imputables a EDELNOR, sus empleados y/o contratistas.
- (f) Dar mantenimiento a la Infraestructura en los términos legalmente establecidos. Asimismo, reparar la Infraestructura en los términos legalmente establecidos
- (g) Dar cumplimiento a las medidas de seguridad establecidas por el Código Nacional de Electricidad, la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos y demás normas técnicas, procurando que no se produzcan efectos de la red eléctrica sobre la red de telecomunicaciones, no siendo responsable si ello ocurriese debido a actos de terceros o del propio AZTECA.
- (h) Trasladar oportunamente a AZTECA cualquier observación, pedido de subsanación, solicitud o similares que realicen las autoridades y que se encuentren referidas a obligaciones administrativas relacionadas con su red para que realice los descargos y subsanaciones a que haya lugar.
- (i) Poner en conocimiento de AZTECA los planes de manejo ambiental, las licencias ambientales que deban ser cumplidas, permisos viales y servidumbres relacionados con el uso de la Infraestructura.

Cláusula Undécima.-

Eventos de Incumplimiento

- (1) Constituyen eventos de incumplimiento de AZTECA:
 - (a) Utilizar la Infraestructura para fines distintos a los previstos en este Contrato.
 - (b) Utilizar la infraestructura de EDELNOR sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito del mismo.
 - (c) No pagar oportunamente la retribución debida a EDELNOR.
 - (d) Emplear personal no capacitado y/o equipo no apropiado para la instalación de los Cables de Fibra Óptica y/o la ejecución de los trabajos.
 - (e) Emplear subcontratistas sin la aprobación previa y escrita de EDELNOR.
 - (f) No mantener indemne a EDELNOR, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera.
- (2) Constituyen eventos de incumplimiento de EDELNOR aquellos que supongan la inejecución de las obligaciones a cargo de EDELNOR, siempre y cuando haya transcurrido un periodo de subsanación de 15 Días.

NOTARIA
Herrera
Carrera

Cláusula Duodécima.-

Resolución del Contrato

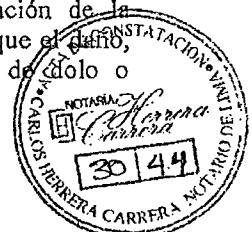
- (1) EDELNOR podrá resolver este Contrato, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1429 del Código Civil, en caso que:
 - (a) Se produzca alguno de los eventos de incumplimiento contemplados en el numeral (1) de la Cláusula Undécima.
 - (b) Se produzca un Efecto Sustancialmente Adverso.
- (2) En caso de resolución de ese Contrato, AZTECA procederá a realizar de inmediato los Trabajos de Remoción. Dichos trabajos deberán ser realizados en el plazo máximo de seis (6) meses. AZTECA deberá seguir realizando el pago de la Retribución hasta la finalización de los Trabajos de Remoción.
- (3) Concluido el plazo al que se refiere el numeral (2) precedente sin que los Trabajos de Remoción hayan concluido por completo, AZTECA pagará a EDELNOR una penalidad diaria ascendente al doble del monto de la Retribución.

Cláusula Decimotercera.- ***Indemnización***

- (1) Todos los daños y perjuicios que se produzcan por la utilización de la Infraestructura serán de responsabilidad exclusiva de AZTECA, siempre que dichos daños y perjuicios sean generados por causas imputables a AZTECA.
- (2) Todos los daños generados a terceras Personas por la utilización de la Infraestructura, sean personales o patrimoniales, serán indemnizados exclusivamente por AZTECA en caso se demuestre mediante resolución judicial firme que fueron generados como resultado de alguna acción u omisión por parte de AZTECA o su personal designado.

Sin perjuicio de ello, AZTECA tendrá la obligación de restituir a EDELNOR toda suma que eventualmente éste hubiera pagado a título de indemnización por los referidos daños, más las costas y costos procesales en que incurriera; siendo de aplicación intereses moratorios en caso que AZTECA no cumpla con la restitución de dichos montos en un plazo máximo de cinco (5) Días Hábiles de haber recibido el requerimiento por escrito de EDELNOR y la documentación sustentatoria correspondiente y siempre que se cumplan con las condiciones previstas en el presente párrafo. En dicho caso, la tasa de interés moratorio aplicable será la prevista por el Banco Central de Reserva de Perú para operaciones entre personas ajenas al sistema financiero, en la moneda que corresponda. La obligación de restitución de AZTECA materia de este párrafo será de aplicación siempre que (i) AZTECA haya sido informado por escrito previamente por EDELNOR sobre el inicio del proceso judicial correspondiente en un plazo no mayor de quince (15) Días Hábiles de iniciado el mismo; y, (ii) AZTECA haya aprobado previamente y por escrito el monto a pagar por concepto de indemnización; salvo que dicho monto sea ordenado por un juez o una autoridad competente.

- (3) AZTECA se obliga a indemnizar y mantener libre de todo daño, perjuicio, demanda o reclamo a EDELNOR, a sus afiliadas, subsidiarias y a sus directores, funcionarios, empleados y agentes (cualquiera de ellas una "Persona Indemnizable") contra cualquier daño, pérdida, gasto (incluyendo honorarios y gastos de asesoramiento), responsabilidad, sanción, multa y/o contingencia derivada directamente de, o relacionada directa con, (i) la suscripción y ejecución de este Contrato; y/o, (ii) la ejecución de algún trabajo; y/o, (iii) la utilización de la Infraestructura para la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones; salvo que el daño, pérdida, gasto, responsabilidad, sanción, multa o contingencia sea resultante de título o



negligencia grave atribuible a una Persona Indemnizable y/o EDELNOR, cuando ello quede determinado por una decisión final y no apelable de un tribunal de jurisdicción competente.

- (4) Las Partes declaran expresamente que la responsabilidad de AZTECA frente a EDELNOR y a terceras Personas es de naturaleza objetiva. Asimismo, las disposiciones de esta cláusula únicamente son aplicables a los daños directos de parte de AZTECA, excluyendo consecuentemente la indemnización por daños indirectos y daño ulterior y/o el lucro cesante.

Cláusula Decimocuarta.-

Disposiciones Complementarias

- (1) Confidencialidad. La información que Las Partes se proporcionen entre sí o a la que cualquiera de ellas tenga acceso directa o indirectamente como consecuencia de la negociación y/o ejecución de este Contrato ("información") es confidencial y deberá ser resguardada como tal por Las Partes, tanto durante la vigencia de este Contrato como después de su terminación por un plazo de cinco (05) años.

En consecuencia, ambas Partes asumen la obligación de (i) no revelar la Información a terceras Personas, sea en forma onerosa o gratuita; (ii) no hacerla pública; (iii) no utilizarla de un modo distinto al que requiere la finalidad de este Contrato; (iv) no difundirla entre sus empleados, dependientes y/o subcontratistas más allá de lo estrictamente necesario para tal finalidad. La obligación referida alcanza a los empleados, dependientes y subcontratistas de Las Partes, por lo que éstas se hace responsables, en los términos establecidos por el Artículo 1470 del Código Civil, de que tales empleados, dependientes y subcontratistas mantengan la confidencialidad y reserva de la Información. Cualquier incumplimiento de esta obligación otorgará a Las Partes el derecho a exigir el pago de la indemnización correspondiente.

- (2) Cesión. AZTECA no podrá transferir sus derechos, obligaciones o posición contractual a ninguna Persona, a no ser que cuente con la aprobación previa y escrita de EDELNOR.

AZTECA autoriza a EDELNOR a ceder en su totalidad los derechos y obligaciones del presente contrato, siempre y cuando dicha cesión se efectúe a una empresa cuya concesión o autorización la faculte a la provisión de los servicios que son objeto del presente contrato y que el cesionario acepte íntegramente los derechos y obligaciones que emanan del presente contrato.

En caso se produzca la caducidad de la concesión a la que se refiere la Cláusula 58 del Contrato de Concesión, por medio de la presente Cláusula, EDELNOR otorga su conformidad expresa en forma irrevocablemente y por adelantado, a la cesión de la posición contractual de AZTECA a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (concedente del Contrato de Concesión) o a favor de cualquier concesionario que reemplace a AZTECA a sola opción del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 1435 del Código Civil. En consecuencia EDELNOR declara conocer y aceptar que para que la cesión de posición contractual surta efectos, será suficiente que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le comunique, mediante carta notarial, que ha surtido efectos la cesión de posición contractual. Las disposiciones de esta cláusula serán igualmente aplicables en el caso de cesión o transferencia de la concesión por parte del AZTECA materia del Contrato de Concesión tal y como lo prevé la cláusula 50 del Contrato de Concesión.

Bajo circunstancia alguna esta cesión de posición contractual podrá afectar o disminuir los derechos y/o los remedios contractuales o legales de EDELNOR. En caso contrario, EDELNOR podrá dar por resuelto de inmediato este Contrato.

- (3) Autonomía. Las obligaciones contraídas por las Partes en virtud de este Contrato son autónomas frente a cualesquiera otras que vinculen o lleguen a vincular a las Partes.



cumplirse en consecuencia de manera independiente de cualquier circunstancia surgida de otro contrato, acuerdo o convenio.

- (4) Afectación Parcial. En el caso de que alguna o algunas de las cláusulas de este Contrato, fuesen declaradas nulas, carentes de validez, ineficaces o inexigibles por tribunal o autoridad competente, las restantes cláusulas no se verán afectadas por dicha declaración, sino que conservarán su validez, eficacia y/o exigibilidad en la mayor medida permitida por la ley. Cualquier disposición inválida o inexigible será renegociada por las Partes, con el fin de sustituirla por una disposición que sea válida y exigible y que refleje mejor la intención original de la disposición inválida o inexigible.
- (5) Tolerancia y Renuncia. La tolerancia de una de las Partes a soportar incumplimientos de cualquier índole imputables a la otra no podrá ser considerada como aceptación del hecho tolerado, ni como precedente para su repetición. Es decir, la pasividad de una Parte ante un incumplimiento de la otra no constituirá, en caso alguno, precedente que pueda ser invocado en futuros incumplimientos.

La renuncia por cualquiera de las Partes a reclamar responsabilidades por cualquier falta o incumplimiento en la ejecución de este Contrato deberá ser expresa y escrita. Cualquier renuncia efectuada por las Partes no constituirá renuncia al derecho a reclamar por posteriores faltas o incumplimientos en la ejecución de este Contrato.

- (6) Actos u Omisiones de la otra Parte. Ninguna de las Partes será responsable de alguna demora o incumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato o cualquier Anexo en la medida en que dicha demora o incumplimiento haya sido provocado por una violación del presente Contrato o Anexo por la otra Parte.
- (7) Comunicaciones. Las notificaciones, solicitudes y en general comunicaciones que las Partes deban o requieran cursar serán enviadas por escrito, fax, telegrama colacionado, e-mail u otro medio fehaciente, a las siguientes personas y direcciones:

EDELNOR:
FIORELLA ROBLES ALVARADO
Fiorella.robles@enel.com

AZTECA:
FELIPE GUZMÁN CELIS
Fguzman@azteca-comunicaciones.com

- (8) Renuncia. EDELNOR renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones y los funcionarios de ambos, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 51 del Contrato de Concesión y con los límites permitidos por la Legislación Aplicable.
- (9) Resolución por Caducidad de la Concesión. El presente Contrato quedará resuelto de pleno derecho y de manera automática cuando se produzca la caducidad de la concesión a la que se refiere la Cláusula 58 del Contrato de Concesión, salvo que, se resuelva la continuación de este mediante la cesión de posición contractual a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o a un nuevo concesionario según lo establecido en el numeral (2) de la presente cláusula del Contrato. En dicho caso, AZTECA pagará el monto de cualquier contraprestación pendiente por servicios prestados bajo los términos del presente Contrato.

NOTARIA
Carlos Herrera Carrera

Cláusula Decimoquinta.-

Penalidades

- (10) Por incumplimiento de pago de más de dos meses de facturación.
- (11) En cada oportunidad que se detecte que la infraestructura de AZTECA generó riesgo o afectó la operación, el mantenimiento y/o la calidad de los servicios prestados por EDELNOR.
- (12) Por realizar mantenimiento y/o la reparación de su infraestructura apoyada en infraestructura de EDELNOR sin autorización de EDELNOR.

Cláusula Decimosexta.-

Resolución de Conflictos y Arbitraje

- (1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [*] Días Hábiles.
- (2) Si a criterio de una de las Partes la duda, diferencia o controversia a la que se refiere el numeral precedente no puede resolverse mediante el mecanismo y en el plazo previsto en dicho numeral, entonces dicha duda, diferencia o controversia será resuelta mediante arbitraje de derecho a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros que necesariamente deberán ser abogados colegiados. Dicho arbitraje será realizado conforme con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.
- (3) Cada una de las Partes nombrará un árbitro. Los dos árbitros nombrados por las Partes nombrarán a su vez al tercer árbitro, quien ejercerá la presidencia del Tribunal Arbitral. En caso de que los árbitros escogidos por las Partes no pudieran llegar a acuerdo respecto a la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles contado desde que una Parte notifique a la otra su intención de acogerse a esta cláusula arbitral, este árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima.
- (4) El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, en idioma español y la duración del mismo no podrá exceder los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la fecha de instalación del Tribunal Arbitral hasta la expedición del laudo respectivo.
- (5) El laudo del Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. Los gastos del proceso serán asumidos por la(s) parte(s) que no se vea(n) favorecida(s) con la decisión del Tribunal Arbitral.

En caso de que alguna de las partes decidiera interponer recurso de anulación contra el laudo arbitral ante el Poder Judicial, deberá constituir previamente a favor de la parte contraria una Carta Fianza otorgada por un banco de primer orden con sede en Lima, equivalente al sesenta por ciento (60%) del monto del servicio contratado, la cual será ejecutable en caso que dicho recurso, en fallo definitivo, no fuera declarado fundado. Dicha Carta Fianza deberá estar vigente durante el tiempo que dure el proceso promovido.



NOTARIA
*Herrera
Carrera*

Suscrito en dos (02) ejemplares del mismo tenor en la ciudad de Lima a los nueve días del mes de noviembre del 2015.

EDELNOR

AZTECA

EDELNOR

AZTECA



Anexo No. 1
Condiciones Económicas

En contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica objeto del presente contrato, AZTECA pagará una retribución mensual a EDELNOR equivalente al valor mensual que resulte de la suma de las multiplicaciones de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el párrafo siguiente por el total de la infraestructura correspondiente que se esté utilizando. Asimismo, queda expresamente convenido entre las partes que EDELNOR tendrá el derecho de efectuar el cobro de la contraprestación correspondiente (remisión de la factura pertinente) a partir del momento en el cual AZTECA proceda a hacer uso efectivo de la Infraestructura Eléctrica retribución. AZTECA deberá cancelar la referida factura dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la fecha de recepción de la misma.

(1) Retribución por el uso de la Infraestructura Eléctrica

Nivel de Tensión	Renta Mensual (S/.) sin incluir IGV
BT	S/. 5.92
MT	S/. 15.70
AT	S/. 177.32

(2) Retribución por Factibilidad de uso de la Infraestructura Eléctrica

Descripción	Valor total por factibilidad (S/.) sin incluir IGV
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en BT detallada en el Anexo No. 2 ($U \leq 1kV$)	S/. 80,000
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en MT detallada en el Anexo No. 2 ($1kV < U \leq 35kV$)	S/. 85,000
Por Factibilidad de uso de la totalidad de la Infraestructura Eléctrica en AT detallada en el Anexo No. 2 ($35kV < U \leq 230kV$) (Incluye la Ingeniería Básica y la emisión del presupuesto de adecuación de redes AT)	S/. 235,000

(*) En cuanto a MT- BT: se refiere a los proyectos de ingeniería en las redes MT y BT, considerados por reformas moderadas en promedio. Plazo 12 días hábiles.

EDELNOR emitirá y entregará a AZTECA dentro de los plazos establecidos en el presente Contrato para dicha finalidad, un informe de factibilidad de uso respecto de cada uno de los tipos de infraestructura eléctrica (baja, media y alta tensión).

Queda convenido que los montos de retribución antes señalados serán cancelados por AZTECA dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de entrega formal de los informes de factibilidad de uso a los que se refiere el párrafo precedente.

(3) Retribución por la Supervisión de Trabajos de Instalación de Fibra Óptica

La retribución por la supervisión de los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la infraestructura de EDELNOR estipulado en la Cláusula Cuarta del presente documento serán los valores totales que se presenta a continuación:

NOTARIA

 CARRERA

Descripción	Valor total por supervisión (S/) sin incluir IGV
En la totalidad de la infraestructura eléctrica de Baja Tensión detallada en el Anexo No. 2 ($U \leq 1kV$)	S/ 85,000
En la totalidad de la infraestructura de Media Tensión detallada en el Anexo No. 2 ($1kV < U \leq 35kV$)	S/ 95,000
En la totalidad de la infraestructura de Alta Tensión detallada en el Anexo No. 2 (AT: $35kV < U \leq 230kV$) (Considera la Inspección Externa en la Ejecución de los trabajos de instalación de Fibra Óptica y accesorios)	S/ 250,000
Monto total por el servicio de supervisión	S/ 430,000

EDELNOR realizará la Supervisión de los trabajos de Instalación de los Cables de Fibra Óptica en su Infraestructura Eléctrica, en los que se debe cumplir el Código Nacional de Electricidad – Suministro 2011, la Norma de Distribución “Instalación y Distancias Mínimas de Seguridad de cables de comunicación en postes de media y baja tensión” y el Reglamento sobre Seguridad y Salud en el Trabajo de las Actividades Eléctricas, aprobado por Resolución Ministerial N° 111-2013-MEM/DM, realizando lo siguiente:

- Verificar que en campo exista y que se cumplan los Procedimientos de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR y las normas aplicables.
- Revisar que el plano Proyecto de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR que se tenga en campo sea el aprobado por EDELNOR, y en el cual se detallen la Infraestructura Eléctrica a utilizar.
- Verificar que el personal a cargo de realizar los trabajos esté capacitado en la tarea, lo cual se verificará con la Lista de personal calificado.
- Verificar que se cuenten con los equipos de protección personal y herramientas adecuadas para realizar la tarea, de acuerdo a los Procedimientos de Instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR.
- Verificar que existan las condiciones en el entorno para realizar los trabajos de una manera segura.
- Verificar correcta señalización de la zona de trabajo.
- Verificar la correcta instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica cumpliendo las distancias de seguridad a las redes de energía y al suelo.
- Verificar la ejecución de los trabajos de despliegue conforme al “Cronograma de Ejecución de Obras”, el cual forma parte integrante del presente contrato en calidad de Anexo 3 (el “Cronograma”).
- Entregar un informe por escrito semanal de los avances de la operación destacando las metas cumplidas en el proceso de construcción y los hallazgos de tipo técnico, administrativo, HSE y en general cualquier hallazgo derivado del proceso de construcción. El contenido de este informe será acordado por AZTECA y EDELNOR.
- Hacer el acompañamiento a las visitas y recibos de obra que realice el MTC (y/o el supervisor designado por esta entidad para dicho efecto), así como aportar la información requerida por ellos previa aprobación por escrito de AZTECA.
- Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del presente contrato EDELNOR deberá presentar un plan de trabajo que incluya los recursos a utilizar y el cronograma que desarrollará en la ejecución de los servicios de supervisión materia de este numeral 3. Para lo anterior, EDELNOR deberá tener en cuenta el Cronograma.



NOTARIA
C. Herrera
Carrera

Los montos de retribución antes detallados comprenden a la totalidad de los servicios de supervisión a ser provistos por EDELNOR y/o la(s) empresa(s) que para tal finalidad contrate directamente EDELNOR (en cuyo caso EDELNOR mantendrá la responsabilidad por dichos servicios), así como la totalidad gastos correspondientes, y que son requeridos en cada uno de los tipos de infraestructura eléctrica (baja, media y alta tensión), los mismos que han sido determinados a partir del análisis de la totalidad de los trabajos de instalación que son requeridos por AZTECA sobre la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR.

El monto total señalado en el cuadro previsto en el este numeral 3 (el "Monto Total por Supervisión"), será pagado por AZTECA de la siguiente manera:

- (i) Un primer pago equivalente al cincuenta por ciento (50%) del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR alcance un treinta por ciento (30%) de avance de la supervisión total de los kilómetros de tendido en cuestión, siempre que EDELNOR haya ejecutado los trabajos de supervisión de conformidad con los términos de este Anexo y previa presentación de la factura correspondiente.
- (ii) Un segundo pago equivalente al cuarenta por ciento (40%) del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR alcance un setenta por ciento (70%) de avance de la supervisión total de los kilómetros de tendido en cuestión, siempre que EDELNOR haya ejecutado los trabajos de supervisión de conformidad con los términos de este Anexo y previa presentación de la factura correspondiente.
- (iii) Un tercer y último pago equivalente al diez por ciento (10%) restante del Monto Total por Supervisión, en un plazo máximo de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que EDELNOR presente el informe escrito final de supervisión requerido por AZTECA contra entrega de la factura correspondiente. El informe detallará los hallazgos (incluyendo registros fotográficos) de tipo técnico, administrativo, HSE y en general cualquier hallazgo encontrado durante el proceso de despliegue en cuestión en atención a las tareas de supervisión a su cargo que se describen en el presente numeral.

(4) Retribución por la Instalación de Trabajos de Instalación de Fibra Óptica

La retribución por los servicios de instalación de los Cables de Fibra Óptica en la infraestructura de EDELNOR estipulado en la Cláusula Cuarta del presente documento será calculado conforme los valores totales que se presenta a continuación:

Descripción	Valor total por supervisión (S/) sin incluir IGV
Instalación y pruebas del Cable de Fibra Óptica en la totalidad de la Infraestructura Eléctrica de alta tensión, media tensión y baja tensión propiedad de EDELNOR detallada en el Anexo No. 2 (el "Monto Total por el Servicio de Instalación").	S/ 3,960,000

El valor precedente incluye las pruebas de fusión y continuidad mencionadas en la Cláusula Cuarta del presente documento, incluyendo los consumibles y demás gastos generados.



trabajos de instalación y pruebas. AZTECA proveerá el cable de fibra óptica, los herrajes, ODFs y etiquetas correspondientes.

El Monto Total por el Servicio de Instalación se pagará de la manera siguiente:

- (i) Un primer pago equivalente al quince por ciento (15%) del Monto Total por el Servicio de Instalación, en calidad de adelanto, siempre que EDELNOR haya presentado la factura correspondiente con quince (15) días de anticipación.
- (ii) Un segundo pago equivalente al sesenta y cinco por ciento (75%) del Monto Total por el Servicio de Instalación, en un plazo máximo de quince (15) días siguientes a la fecha en que EDELNOR culmine (100%) del tendido materia del presente Contrato y éste sea validado y realizado a satisfacción de AZTECA, contra entrega de la factura correspondiente.
- (iii) Un tercer y último pago equivalente al diez por ciento (10%) restante del Monto Total por el Servicio de Instalación, en un plazo máximo de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que EDELNOR entregue la totalidad de informes escritos requeridos por AZTECA y a entera satisfacción de ésta, con respecto de los trabajos de instalación y el resultado de las pruebas. El contenido de dichos informes será establecido por AZTECA atendiendo a los requerimientos establecidos en su respectivo Contrato de Concesión.

EDELNOR realizará la instalación de los Cables de Fibra Óptica en la Infraestructura Eléctrica de acuerdo al Proyecto elaborado por AZTECA y el Cronograma, los cuales serán debidamente validados en base a los trabajos de factibilidad de uso a ser provistos por EDELNOR. En dicho sentido, será responsabilidad de EDELNOR que los trabajos de instalación sean efectuados cumpliendo con las normas técnicas aplicables y con los procedimientos y manuales de instalación determinados por EDELNOR.

En consecuencia, queda convenido que los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica sobre la Infraestructura Eléctrica de EDELNOR serán efectuados por EDELNOR y/o la(s) empresa(s) que para tal finalidad contrate directamente, debiendo AZTECA asumir el monto arriba detallado por dicho concepto.

Asimismo, queda convenido entre AZTECA y EDELNOR que los servicios de instalación deberán cumplir con las siguientes condiciones:

- (i) La instalación de los Cables de Fibra Óptica se efectuará de acuerdo a las especificaciones técnicas y manuales de AZTECA, el Cronograma y al proyecto elaborado por AZTECA, verificando que cumple en todo momento con lo indicado en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas vigentes;
- (ii) Se asegurará que los soportes de los Cables de Fibra Óptica y elementos de anclaje en las estructuras de EDELNOR estén en buen estado de conservación, debiendo ser de material resistente a la corrosión;
- (iii) La retribución por los servicios de instalación comprende la totalidad de los trabajos de instalación y gastos que son requeridos efectuar por AZTECA sobre la Infraestructura Eléctrica de propiedad de EDELNOR. La instalación de los Cables de Fibra Óptica en estructura que es propiedad de EDELNOR es responsabilidad de AZTECA;

NOTARIA



C. Herrera

(iv) La ejecución de los servicios de instalación deberán cumplir con los tiempos establecidos en el Cronograma;

(v) Los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica se considerarán completados al obtener los resultados técnicos favorables, a criterio de AZTECA, de las pruebas ópticas (fusión y continuidad) establecidas por AZTECA.

(vi) Al finalizar los trabajos de instalación de los Cables de Fibra Óptica, EDELNOR entregará a AZTECA la documentación correspondiente (cartera, planos y protocolos de pruebas ópticas) requerida por AZTECA.

(vii) EDELNOR asume el riesgo y responsabilidad de la integridad de los trabajos hasta su recepción por AZTECA, sin observaciones, siguiendo los términos previstos en el presente Contrato. En consecuencia, será de responsabilidad de EDELNOR hasta dicha recepción, las pérdidas o daños que sufran los materiales de su propiedad o materiales entregados por AZTECA, así como de los daños a terceros o a la propiedad de éstos; debiendo EDELNOR asumir todos los costos y/o gastos de reposición del material, de las reparaciones, reemplazos y reconstrucciones de los trabajos, así como el resarcimientos de cualquier daño generado por EDELNOR cuyo resarcimiento le sea requerido a AZTECA por terceros, debiendo de este modo liberar a AZTECA, sus las afiliadas y sus respectivos funcionarios, directores, empleados, agentes y clientes, de toda responsabilidad; siempre que dichos daños o pérdidas no le sean directamente imputables a AZTECA.



Anexo No. 2
Infraestructura

NOTARIA
*Herrera
Carrera*



NOTARIA
Carlos Herrera Carrera

Anexo 3
Cronograma de Ejecución de Obras

INCLUIR EL CRONOGRAMA QUE HA SIDO REMITIDO POR AZTECA A EDELNOR

NOTARIA
Carlos Herrera Carrera
41144
NOTARIA DE CONSTATACION
CARLOS HERRERA CARRERA NOTARIO DE

NOTARIA
Herrera
Carrera

Las partes declaran que los presentes anexos son los indicados en la Cláusula Segunda del presente "CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA" de fecha 09 de noviembre del 2015 del cual entienden que forma parte integrante para todos los efectos legales.

EDELNOR

AZTECA


EDELNOR

AZTECA



MENSAJE

Ignorar, Eliminar, Responder a todos, Responder, Reunión, Más, Correo no deseado, Otros, Al jefe, Correo electrón..., Listo, Responder y eli..., Crear nuevo, Reglas, Mover, Acciones, OneNote, Asignar directiva, Marcar como no leído, Etiquetas, Categorizar, Seguimiento, Traducir, Buscar, Relacionadas, Selección, Zoom, Edición, Zoom

jueves 05/11/2015 10:36 a.m.
 jamontes@azteca-comunicaciones.com
 REVISIÓN DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR

CC: Robles Alvarado, Florida Blanca, EDELNOR; Matta Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fguzman@redoperativas.com.pe; ftrk@azteca-comunicaciones.com

Respondió a este mensaje el 05/11/2015 03:16 p.m.

Mensaje: Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev AZTE 05-11-15.doc (139 KB)

Estimado Mauro, muchas gracias por su correo. Hemos procedido con la revisión del contrato y estamos de acuerdo con el mismo, el único cambio que tenemos se refiere al primer numeral de la cláusula cuarta, la misma que hemos ajustado para reflejar nuestro planteamiento.

Como lo conversamos hace instantes, es indispensable señalar que los precios acordados han sido determinados en cumplimiento de la normativa legal vigente (todos los contratos que suscribimos con las empresas eléctricas en calidad de concesionarios de la Red Dorsal Nacional son auditados por el estado). Asimismo, y en esa misma línea, no es factible para Azteca estipular que dichos precios quedarán libres y sujetos a una nueva negociación comercial luego de los primeros 3 años de vigencia del contrato. Buscando atender su preocupación estamos dispuestos a acceder que los precios acordados se mantengan inalterados por los tres primeros años, siendo materia de revisión a partir del 4 año pero en función a los cambios que, de ser el caso, se hayan implementados en el marco legal.

Con su aprobación al tener de este numeral 1 de la cláusula cuarta estaríamos listos para proceder con impresión y firmas. Quedamos a la espera de su confirmación y definición de pasos a seguir.

Finalmente, conforme a lo coordinado telefónicamente quedamos a la espera de su confirmación respecto de la reunión de nuestros equipos técnicos para mañana. Saludos, Pepe



José Montes de Peredia
 Director Jurídico
 AZTECA COMUNICACIONES PERU SAC
 Av. 28 de Julio 1011, Pto 6, Oficinas, Lima 18, Perú
 Tel: (511) 615 0555 - Anexo 56002
 jamontes@azteca-comunicacione.com

Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR <mauro.leon@enel.com> escribió: ---
 Para: jamontes@azteca-comunicaciones.com <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
 De: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR <mauro.leon@enel.com>
 Fecha: 04/11/2015 18:39
 Cc: Robles Alvarado, Florida Blanca, EDELNOR <florilla.blanca@enel.com>; Matta Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR <maria.matta@enel.com>; Ahmed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR <soraya.ahmed@enel.com>

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
 Carolina
 meyer



MENSAJE

Ignorar
 Eliminar
 Responder
 Responder a todos
 Reenviar
 Más...
 Pasos rápidos
 Mover
 Reglas
 OneNote
 Asignar
 Marcar como no leído
 Categorizar
 Seguimiento
 Traducir
 Relacionadas
 Zoom



jueves 05/11/2015 10:36 a.m.
 jamontes@azteca-comunicaciones.com
 REVISIÓN DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

Para: Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR
 CC: Robles Alvarado, Florella Blanca, EDELNOR; Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR; Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR; mherrera@azteca-comunicaciones.com; Fuzman@redesopticas.com.pe; jml@azteca-comunicaciones.com
 Respondió a este mensaje el 05/11/2015 03:16 p.m.

Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica con EDELNOR rev AZTE 05-11-15.doc (193 KB)

— "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.leon@enel.com> escribió: —
 Para: "jamontes@azteca-comunicaciones.com" <jamontes@azteca-comunicaciones.com>
 De: "Leon Huarac, Mauro Cesar, EDELNOR" <mauro.leon@enel.com>
 Fecha: 04/11/2015 18:39
 Cc: "Robles Alvarado, Florella Blanca, EDELNOR" <florella.robles@enel.com>, "Matto Calderon, Maria Del Pilar, EDELNOR" <maria.matto@enel.com>, "Ahomed Chavez, Maria del Carmen Soraya, EDELNOR" <soraya.ahomed@enel.com>, "mherrera@azteca-comunicaciones.com" <mherrera@azteca-comunicaciones.com>, "Fuzman@redesopticas.com.pe" <Fuzman@redesopticas.com.pe>
 Asunto: REVISIÓN DE CONTRATO AZTECA-EDELNOR RDNFO

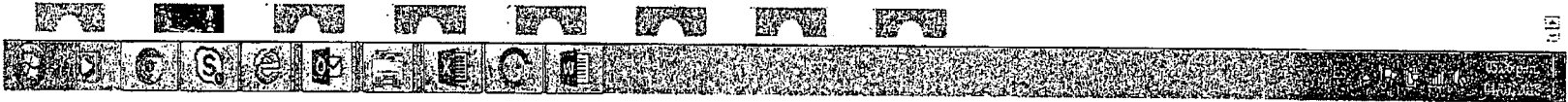
Estimado José:
 Se envía el contrato con nuestro comentarios actualizados. Por favor revisar.
 Quedamos en espera.

Saludos,
 Mauro León Huarac
 Negocios Grandes Clientes
 Subgerencia Grandes Clientes e Institucionales

Haga clic en una foto para ver actualizaciones de redes sociales y mensajes de correo electrónico.



NOTARIA
 Colina
 Carrera



ANEXO 1-B

PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA
Sede RIMAC-Salas y Juzgados
Av. Nicolas de Pierola No.677 - Lima

22/08/2018 14:56:07
Pag. 1 de 1

Cargo de Ingreso de Escrito
(Centro de Distribucion General)
84652-2018

Cod. Digitalizacion: 0000167716-2018-ESC-JR-CA

Expediente :09124-2018-0-1801-JR-CA-26 F.Inicio: 22/08/2018 14:56:06
Juzgado :7° JUZGADO PERMANENTE
Documento :ESCRITO
F.Ingreso :22/08/2018 14:56:06 Folios: 99 Páginas:
Presentado :DEMANDANTE ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A.
Especialista :MOORI ROCA PATRICIA OLIVIA

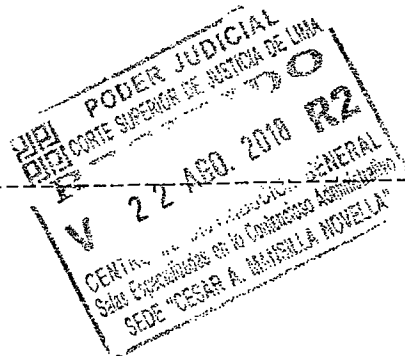
Quantia : .00 N Copias/Acomp : 3
Dep Jud :0 SIN DEPOSITO JUDICIAL

Arancel :3 278066 S/.41.50 276507 S/.8.60 275504 S/.12.90

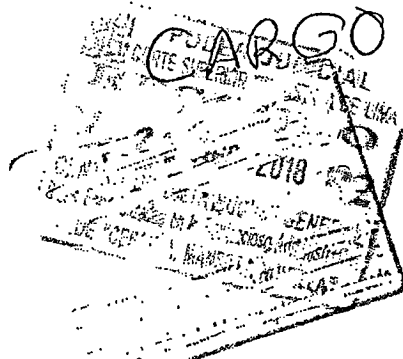
Sumilla :INTERPONEMOS DEMANDA

Observacion :

ROJAS ARICA, DAVID JONATAN
Ventanilla 1
Módulo 1
Av. Nicolas de Pierola No.677 - Lima - PISO 8



Recibido



EXPEDIENTE N° 9124-2018
ESCRITO N° 01
CUADERNO PRINCIPAL
INTERPONEMOS DEMANDA

AL ~~VEINTIMO SEXTO~~ JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA:

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante "ENEL"), con RUC 20269985900, con domicilio en Calle César López Rojas N° 201, Urbanización Maranga, distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, debidamente representado por la señora María del Carmen Ahomed Chávez, identificada con DNI 09161661, según poder que se acompaña al presente escrito, señalando domicilio procesal en la Casilla N° 26 de la Central de Notificaciones del Colegio de Abogados de Lima, y con Casilla Electrónica N° 211 del Sistema de Notificaciones del Poder Judicial (SINOE), ante usted atentamente decimos:

I. RELACION JURÍDICO PROCESAL, VÍA PROCEDIMENTAL

Dentro del plazo establecido en el inciso 1) del artículo 19° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, (en adelante, "Ley del Proceso Contencioso Administrativo"), acudimos a su Despacho a fin de interponer **DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**, en la vía

correspondiente al **PROCESO ESPECIAL**, contra las siguientes personas:

- a) El **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES** (en adelante, "**OSIPTEL**") con domicilio en Calle de la Prosa N° 136, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima.
- b) El **PROCURADOR PÚBLICO DEL OSIPTEL**, en calidad de representante de dicha entidad, con domicilio en Av. Gálvez Barrenechea N° 133, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.
- c) **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.** (en adelante, "**AZTECA**") con domicilio en Av. 28 de Julio N° 1011, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima.

II. **PETITORIO:**

Solicitamos a su Despacho se sirva declarar fundada las siguientes pretensiones:

- 2.1. **PRETENSION PRINCIPAL:** Al amparo de lo establecido por el numeral 1 del artículo 5 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, Texto Único

Ordenado de la Ley N° 27584 Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, (en adelante, "Ley del Proceso Contencioso Administrativo"); solicitamos al Juzgado se sirva declarar la **NULIDAD TOTAL** de (i) la Resolución de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTTEL ("Resolución 63"), notificada el 15 de marzo de 2018, por medio de la cual se aprobó el Mandato de Compartición de infraestructura solicitada por AZTECA; y, (ii) la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTTEL ("Resolución 128"), notificada el 23 de mayo de 2018, por medio de la cual se declaró infundado nuestro recurso de reconsideración contra la Resolución 63.

2.2. PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL: Que el demandado cumpla con pagar íntegramente las costas y costos del presente proceso.

III. CUESTION PREVIA

A fin que su Juzgado declare la procedencia de la presente demanda, cumpla con acreditar el cumplimiento de los requisitos especiales establecidos para el presente proceso.

- a. Con fecha 7 de agosto de 2018, solicitamos a su Juzgado una medida cautelar innovativa fuera de proceso¹, con el objeto que, se ordene al OSIPTEL que, cese con la vulneración ocasionada con la emisión de: (i) la Resolución de Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL, y (ii) la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTEL y, se suspenda los efectos de las mismas y de los actos generados como consecuencia de ellas, para que así se reponga la situación de hecho existente de modo previo al perjuicio ocasionado con dicho acto.
- b. Si bien, dicha medida cautelar a la fecha no ha sido concedida por parte de su Despacho, a efectos de cumplir con el plazo establecido en el artículo 19° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, interponemos la presente demanda ante su Juzgado aun estando en calificación la medida cautelar.

En ese sentido, solicitamos que el Juzgado que tome en consideración nuestra conducta diligente en lo relativo al cumplimiento de los plazos, y además que resulta materialmente imposible esperar a que la medida cautelar sea concedida para interponer la demanda, conforme lo

¹ Artículo 608° del Código Procesal Civil.- El Juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código. Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas (...)

establecido en el Artículo 636° del Código Procesal Civil², pues ello generaría como consecuencia que nuestra demanda sea declarada improcedente por extemporánea.

- c. Como consecuencia de lo expuesto en los párrafos señalados y dentro del plazo conferido por ley, interponemos la presente demanda.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO:

- a. A fin que el Juzgado comprenda como es que se llevó a cabo nuestra relación con AZTECA, y el contrato que OSIPTEL ha permitido que se incumpla, debemos de tener presente cuestiones jurídicas previas.
- b. La Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, "Ley de Banda Ancha") y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, fueron promulgados con el objeto de desarrollar disposiciones destinadas a impulsar el desarrollo, masificación y utilización de la Banda Ancha en todo el territorio nacional. Entre la normativa emitida, se dispuso cuál debería ser el tratamiento que se le debería brindar a los casos de compartición de infraestructura de

² Medida Cautelar fuera de proceso: Artículo 636° del Código Procesal Civil.- Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto (...)

energía eléctrica y de hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

- c. Así, se dispuso que los concesionarios de energía eléctrica, como es el caso de nosotros, provean acceso y uso de la infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA, para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.
- d. De esta forma, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha dispuso que cuando se efectúe el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura del concesionario de energía eléctrica por parte de la empresa de telecomunicaciones, **las partes tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura**³.

³ Reglamento de la Ley de Banda Ancha – Decreto Supremo N° 014-2013-MTC
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.

(...).
Énfasis propio.

-
- e. En virtud a las disposiciones reseñadas, suscribimos con AZTECA un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica el 9 de noviembre de 2015 (en adelante, "el Contrato" o "el Contrato de Compartición").

Así, le concedimos a AZTECA el derecho de acceder y usar su infraestructura de distribución de energía eléctrica y como contraprestación, AZTECA se obligó a pagar una retribución mensual, la misma que se estableció en función a la fórmula contemplada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- f. Como puede apreciarse del contrato suscrito por ENEL y AZTECA, la retribución pactada según la Cláusula Cuarta del Contrato, estipuló que:

"Cláusula Cuarta. – Retribución

(1) Por el acceso y uso concedido por Edelnor (hoy, Enel) sobre la infraestructura objeto del presente contrato, Azteca pagará a Edelnor una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley N° 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del

periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales (...) (Subrayado agregado).

Como puede apreciarse, en virtud a dicha cláusula, tanto AZTECA como nosotros nos comprometimos a **respetar el monto de la retribución pactada por un periodo mínimo de tres años.**

g. Es el caso que durante el plazo de tiempo que el Contrato de Compartición se encontraba en curso, el 5 de agosto de 2017, fue publicada la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, "Resolución Viceministerial"), la misma que modificó variables en la fórmula para la fijación de la retribución de los contratos de compartición de infraestructura regidos por la Ley de Banda Ancha y su reglamento.

h. Pues bien, AZTECA de modo malicioso y con el único afán de incumplir los términos de nuestro acuerdo, desconociendo los términos acordados por el Contrato de Compartición, con fecha 21 de agosto de 2017 nos remitió la Carta N° DJ-1258/17, en la que precisaba que:

(i) La Resolución Viceministerial había modificada el valor de la variable "f" de la Fórmula a 18.3% y el valor de la variable "m" a 84.3% para infraestructura de media y alta

tensión, lo cual determinaba una modificación del precio máximo como contraprestación por el uso de la infraestructura; y,

- (ii) La Resolución Viceministerial habría señalado que el denominador "Na" (Número de Arrendatarias) del factor "B" (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Fórmula debía ser igual a tres (3).

Sobre la base de ello, nos solicitaron que adecuemos la Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica al precio máximo que según AZTECA resultaba de la aplicación de la Fórmula.

- i. Posteriormente, con fecha 29 de agosto de 2017, AZTECA nos remitió la carta DJ-1293/17 con el fin de devolver la Factura N° F411-00001397 por concepto de alquiler de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo de agosto de 2017, reiterando su solicitud de que adecuemos la Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica al precio máximo que según AZTECA resultaba de la aplicación de la Fórmula, y en atención a ello, desconocían sus compromisos contractuales. Dicha situación se ha ido repitiendo mes a mes hasta la fecha.
- j. En atención a dicha situación, con fecha 12 de setiembre de 2017, remitimos a AZTECA la Carta N° GC-IST-39050829 mediante la cual

manifestamos que, en virtud de la Cláusula Cuarta del Contrato, **LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE ALEGABA DEBIAN SER APLICADAS AL TÉRMINO DEL TERCER AÑO DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN.**

Luego de ello, con fecha 28 de setiembre de 2017, remitimos a AZTECA la Carta GC-IST-39180397 mediante al cual reiteramos que, en virtud de la Cláusula Cuarta del Contrato, no procedía efectuar ajuste alguno a la retribución pactada. Asimismo, convocamos a AZTECA a una reunión para dar inicio al trato directo, conforme a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, siendo este el plazo previo al inicio de un proceso arbitral.

- k. Mientras tanto, defraudando las disposiciones contractuales fijadas, AZTECA solicitó al OSIPTEL la emisión de un "Mandato de Compartición" con la intención de modificar las condiciones relativas a la **contraprestación periódica del Contrato celebrado con ENEL,** pretendiendo así desconocer la Cláusula Decimosexta del Contrato de Compartición.
- l. Al respecto, con fecha 16 de octubre de 2017, fuimos notificadas con la Carta C. 00562-GPRC/2017, mediante la cual la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, la "GPRC") del OSIPTEL nos otorgó un plazo para manifestar nuestra posición respecto de la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA, a pesar de no

encontrarse facultado para atender la dicha solicitud, como expondremos más adelante.

- m. Con fecha 20 de octubre de 2017, iniciamos un proceso arbitral contra AZTECA ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, conforme lo establece la cláusula Décimo Sexta del Contrato. Dicho arbitraje fue iniciado con la finalidad de cuestionar el proceder de AZTECA, pues su actitud implicaba que quisiera desconocer los términos del Contrato frente a una norma posterior, y así impedir la vigencia del mismo, y en atención a ello, solicitar que respondiera por su proceder.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

5.1. RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA: LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 128-2018-CD/OSIPTEL CAUSA ESTADO ADEMÁS DE AGOTAR LA VÍA ADMINISTRATIVA

- (i) A efectos que el Juzgado verifique que procede la interposición de la presente demanda contencioso administrativa contra la contra la Resolución N° 63 y contra la Resolución N° 128 emitidas por el Consejo Directivo de OSIPTEL,, debe tener presente que de conformidad con el artículo 148° de la Constitución Política del Perú “*Las resoluciones*

administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa."

En ese sentido, corresponde verificar que en efecto la Resolución N° 128 "ha causado estado" y que, por tanto, es susceptible de ser impugnada judicialmente en la vía de la acción contencioso administrativa.

- (ii) Al respecto, tal y como lo anota el Dr. Aníbal Quiroga León⁴ *"El concepto de causar estado es un concepto del derecho administrativo, independiente del presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa, que pertenece al derecho procesal. El primero de los conceptos antes mencionados se refiere a una cualidad intrínseca o sustantiva de un acto o resolución administrativa, esto es al efecto o consecuencia jurídica que un acto o resolución administrativa puede tener en los administrados, sin importar que dicho acto o resolución constituya la resolución final de un proceso administrativo que puede causar estado."*

En efecto, el concepto de 'causar estado' corresponde a una característica de determinados actos administrativos el cual implica que dichos actos administrativos contengan la voluntad definitiva que el ente administrativo ha fijado respecto de determinada situación jurídica.

⁴ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. La Acción Contenciosa y el concepto de "causar estado". Lima: Revista Ius et Veritas. Año IX No 19. Dic. 1999

-
- (iii) En ese sentido, la Resolución N° 128 contiene la voluntad definitiva del Consejo Directivo de OSIPTEL, pues corresponde a la decisión emitida por el órgano que resuelve en última instancia los recursos que se planteen en materia de interconexión y compartición de infraestructura.

¿Qué órgano de OSIPTEL tiene un rango superior por sobre el Consejo Directivo? NINGUNO, lo que implica que sus decisiones no puedan ser variadas en la vía administrativa y que por ende, la decisión contenida en la Resolución N° 128 que declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 63 corresponda a una decisión definitiva que, por tanto, causa estado.

- (iv) Por otro lado, de conformidad con el 20° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, *"es un requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General"*.

Pues bien, conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Resolución N° 128 ha agotado la vía administrativa.

- (v) Veamos que señala el artículo 218° de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

"Artículo 218º- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o

-
- d) *El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o*
- e) *Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.”*

Pues bien, en el caso en concreto la Resolución N° 128 se encuentra en más de uno de los supuestos para que pueda considerarse que ha agotado la vía administrativa, pues:

- a. Contra la Resolución N° 128 no proceda la impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa, pues el Consejo Directivo es el órgano que resuelve los procedimientos relacionados a la interconexión y compartición de infraestructura en última instancia, no existiendo un órgano jerárquicamente superior.

Con lo cual la Resolución N° 128 debe considerarse que agota la vía administrativa, pues se encuentra dentro del supuesto contenido en el literal a) del artículo 218.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- b. La Resolución N° 128 corresponde al acto expedido con motivo del recurso de reconsideración interpuesto contra la

Resolución N° 63 que aprobó el Mandato de Compartición de infraestructura solicitada por AZTECA

Con lo cual, la Resolución N° 128 debe considerarse que agota la vía administrativa, pues se encuentra dentro del supuesto contenido en el literal b) del artículo 218.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- c. La Resolución N° 128 ha sido emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL, que equivale a un pronunciamiento de un Consejo Administrativo.

Con lo cual, la Resolución N° 128 debe considerarse que agota la vía administrativa, pues se encuentra dentro del supuesto contenido en el literal e) del artículo 218.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- (vi) En ese sentido, ha quedado claramente acreditado que la Resolución N° 128 causa estado y agota la vía administrativa, por lo que procede la interposición de la presente demanda, en atención a lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú y del artículo 1° de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

-
- (vii) Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19° del TUO de la Ley 27584, el plazo para interponer una demanda de impugnación de resolución administrativa es de tres (3) meses desde notificada la resolución administrativa a impugnar, cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones referidas a la declaración de nulidad, total, parcial o ineficacia de actos administrativos.

En tal sentido, la presente solicitud cautelar se interpone antes de que venza el plazo para la interposición de la respectiva demanda establecido en el artículo 19° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, pues en el caso materia de autos estamos solicitando la nulidad de la Resolución N° 63 y la Resolución N° 128, y ésta última fue notificada el 23 de mayo de 2018, según se acredita con el cargo de notificación que adjuntamos.

5.2. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORECIMIENTO DEL PROCESO

- (i) En el supuesto que el Juzgado tenga dudas respecto de si la Resolución N° 128 causa estado y agota la vía administrativa, en aplicación del Principio de Favorecimiento del Proceso, contenido en el inciso 3) del artículo 2° de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, el Juzgado se encontrará impedido de rechazar la demanda y se encontrará obligado a darle trámite a la misma.

Al respecto, la norma señalada establece lo siguiente:

“El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.”

- (ii) Debemos manifestar que el Principio de Favorecimiento del Proceso impone al Juez la obligación de interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca al accionante, con la finalidad de garantizar su derecho de acceso al proceso, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- (iii) Consecuentemente, en el supuesto negado que el Juzgado tenga dudas o incertidumbres respecto de la afirmación relativa a que la Resolución N° 128 causa estado y agota la vía administrativa, deberá aplicar el Principio de Favorecimiento del Proceso y admitir a trámite la demanda.

5.3. ERROR EN LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA: Osiptel Ha Emitido El

Mandato De Compartición Fuera De Los Límites Que La Ley Establece

- a. Como ya ha sido expuesto, mediante la Ley de Banda Ancha, se establecieron medidas destinadas a impulsar el desarrollo, masificación y utilización de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, para lo cual se incluyeron disposiciones relacionadas a la compartición de infraestructura de energía eléctrica y de hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

- b. Así, el Artículo 13.1 de la Ley de Banda Ancha dispuso que los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de la infraestructura a los operadores de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.

Por otro lado, el Artículo 13.4.b de la referida Ley, dispuso que dicho acceso y uso se realiza 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, como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable.

Finalmente, la citada Ley otorgó facultades al OSIPTEL para velar por el cumplimiento de las disposiciones antes reseñadas, en virtud a las cuales podrá dictar medidas específicas necesarias; así como, le reconoció potestad sancionadora respecto de aquellas infracciones que se cometan en el marco de la Ley N° 29904.

c. Todas estas disposiciones fueron desarrolladas en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. De esta forma, se establece que cuando se efectúe el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura el concesionario de energía eléctrica o de hidrocarburos por parte de la empresa de telecomunicaciones, las partes tienen un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura⁵.

d. Así, el Artículo 25.3 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, dispone que en el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo en el plazo de treinta días hábiles, el OSIPTEL se encuentra facultado a emitir un Mandato de Compartición:

⁵ Reglamento de la Ley de Banda Ancha – Decreto Supremo N° 014-2013-MTC
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.

(...).

Énfasis propio.

Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

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.

- e. Al respecto, es necesario precisar que la norma le otorga facultades a OSIPTEL con la clara finalidad de facilitar que las empresas de telecomunicaciones logren el acceso a la infraestructura, pero **SOLO EN EL SUPUESTO DE NO LOGRARSE UN ACUERDO ENTRE LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES Y LA DE ENERGÍA O HIDROCARBUROS.**
- f. Así, es imprescindible que se tenga presente que **NI ENEL NI AZTECA REQUERIMOS DE LA EMISIÓN DE UN MANDATO DE COMPARTICIÓN PARA QUE AZTECA PUEDE ACCEDER A LA INFRAESTRUCTURA DE ENEL, PUESTO QUE CONTABAMOS CON UN CONTRATO QUE YA REGULABA DICHA SITUACIÓN.**

En efecto, desde que AZTECA nos presentó su solicitud de acceso a nuestra infraestructura, nos mostramos en la disposición de llegar a un

acuerdo, a fin de que la empresa de telecomunicaciones pueda tener acceso a su infraestructura, dando estricto cumplimiento a la finalidad de la Ley de Banda Ancha.

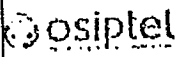
- g. En efecto, con fecha 9 de noviembre de 2015, suscribimos el Contrato, al amparo de lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, **sin la intervención del OSIPTEL**. De esta forma, concedimos el derecho a AZTECA de acceder y usar su infraestructura de distribución de energía eléctrica por el pago de una contraprestación que se obligó a pagar mensualmente.

Como puede apreciarse, la finalidad fijada por la Ley de Banda Ancha es buscar eficiencia en la compartición de la infraestructura de redes para expandir el servicio de acceso a internet, y dicho objetivo fue finalmente cumplido con la suscripción del Contrato, **sin la necesidad de que OSIPTEL deba emitir mandato de compartición de infraestructura alguno**.

- h. De esta forma, la única condición para que OSIPTEL pueda proceder con la emisión de una Mandato de Compartición **NO** se verificó en nuestra relación con AZTECA, dado que ambos llegamos a un acuerdo para compartir infraestructura, en sintonía con lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

En ese entendido, es necesario que se evidencie la falta de competencia de OSIPTEL para pronunciarse al respecto, lo que implica que no se encontraba facultada a emitir la Resolución 63, la cual luego ratificada por la Resolución 128.

- i. Con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA hizo llegar a OSIPTEL la solicitud de emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura en contra de nosotros. No obstante, esta solicitud no se encontraba encaminada a lograr acceso a la infraestructura, puesto que, en virtud al Contrato suscrito por ambas empresas, la compartición era efectiva desde el 09 de noviembre de 2015. Lo que AZTECA en realidad solicitaba, en los términos recogidos por el propio OSIPTEL en el Informe N° 057-GPRC/2018- el mismo que sustentó la emisión del "Mandato de Compartición" - era:

	DOCUMENTO	N° 00057-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 200
<p>2.9 Mediante escrito recibido el 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de Infraestructura que <u>modifique las condiciones relativas a la contraprestación periódica del Contrato celebrado con ENEL.</u></p>		

- j. Como puede apreciarse, lo que AZTECA solicitaba no era lograr acceso a la infraestructura, tal como lo permite la Ley de Banda Ancha y su

Reglamento, sino que la empresa pretendía modificar las condiciones relativas a la contraprestación periódica del Contrato.

k. De esta forma, tras verificar la existencia del Contrato, OSIPTEL debió señalar que no se encontraba facultado para atender la solicitud de AZTECA, en tanto ni la Ley de Banda Ancha ni su Reglamento lo facultaban a discutir los términos de los Contratos de Acceso, siempre que los mecanismos de resolución de controversias del contrato debían regirse por la voluntad fijada por las partes en el propio Contrato.

l. Y es que, en efecto, las facultades atribuidas al OSIPTEL, tanto en la Ley de Banda Ancha como en su Reglamento, habilitan al regulador a actuar para facilitar el acceso a la infraestructura solo en ausencia de acuerdo; circunstancia que nunca aconteció en el presente caso puesto que como reiteramos, nosotros y AZTECA manteníamos un Contrato de Compartición en curso.

Incluso el propio OSIPTEL ha reconocido tal condición al momento de aprobar el "Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica"; así, tenemos que tanto en la Matriz de Comentarios publicada en "El Peruano" mediante Resolución de Consejo Directivo N° 10-2015-CD/OSIPTEL y en el Informe N° 098-GPRC/2015, que sustentó

la emisión de la norma bajo comentario, en ningún momento el Regulador hace alusión a la posibilidad de emitirse un mandato cuando se dé una condición diferente a la falta de acuerdo para el acceso inicial a la infraestructura, como la posibilidad de modificar elementos del contrato de compartición, como la retribución.

- m. No obstante, OSIPTEL procedió a atender la solicitud de revisión de las condiciones del contrato en lo referido a la contraprestación, en los términos solicitados por AZTECA, excediendo las facultades que le fueron asignadas y desconociendo la existencia de un Contrato de Acceso en el cual tanto AZTECA como nosotros ya habíamos fijado los términos y acuerdos.
- n. Así, finalmente, OSIPTEL con fecha 08 de marzo de 2018 aprobó mediante Resolución 63 el mal llamado "Mandato de Compartición", que –como hemos desarrollado- dispuso irregularmente la modificación de las condiciones relativas a la contraprestación periódica que ya habíamos acordado contractualmente mediante el Contrato.
- o. Ante tal atropello, interpusimos un recurso de reconsideración mediante escrito de fecha 09 de abril de 2018, haciendo se conocimiento a OSIPTEL los argumentos aquí expuestos; sin embargo, desconociendo los límites de las facultades atribuidas por la Ley de Banda Ancha y su reglamento, el Regulador tuvo a bien declarar infundado el señalado

recurso, ratificando la Resolución 63, mediante la Resolución 128, ratificando así el vicio por falta de competencia antes advertido.

En virtud a lo aquí expuesto, puede verificarse la extralimitación de facultades cometida por el OSIPTEL, la misma que tendría como principal consecuencia LA NULIDAD de las resoluciones impugnadas, siempre que el Artículo 10 del TUO de la LPAG precisa:

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*

- p. De esta forma, el Artículo 3° del TUO de la LPAG establece claramente que constituyen requisitos de validez de todo acto administrativo:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Competencia. - *Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*

(Énfasis agregado)

q. En consecuencia, de la revisión de la presente sección, se puede llegar a la conclusión que se ha verificado:

- (i) La ausencia de competencia del OSIPTEL para emitir "Mandatos de Compartición" cuando exista previamente un Contrato de Compartición; habiéndose acreditado, además,
- (ii) Que ni la Ley de Banda Ancha ni su Reglamento facultaron al Regulador a emitir un "Mandato" con finalidad diferente a la de propiciar el acceso a la infraestructura y que, finalmente
- (iii) Que la Resolución 61 y la Resolución 128, que la ratifica, tuvieron como único propósito el de modificar los términos del Contrato respecto a la contraprestación, se puede

afirmar que OSIPTEL emitió el Mandato de Compartición sin contar con competencia para emitir dichos actos administrativos, encontrándose por ello incursas en vicios de nulidad evidentes.

5.4. ERROR EN LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA: Osiptel Ha Emitido El Mandato De Compartición Pese A Estar En Obligación De Inhibirse

- a. Conforme hemos precisado, a la fecha de la emisión de la Resolución 63 y de la Resolución 128 ya existía un arbitraje en curso en donde se discutía una materia que guardaba íntima relación con el procedimiento iniciado por AZTECA ante OSIPTEL, es decir, la retribución que AZTECA nos debe pagar por el uso de nuestra infraestructura, retribución que se encuentra prevista en el Contrato.
- b. Pese a ello, OSIPTEL ha ignorado la existencia de dicho arbitraje y la necesidad de contar previamente con el pronunciamiento del Tribunal Arbitral. En ese sentido, OSIPTEL ha ignorado que estaba en la obligación de inhibirse conforme lo manda el Artículo 73 del TUO de la LPAG:

Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

73.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso. (Subrayado agregado).

- c. La norma citada es perfectamente aplicable al caso por las siguientes razones:

(i) el arbitraje es considerado jurisdicción por el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y ha sido expuesto así en la Sentencia 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional;

(ii) En el trámite del procedimiento informamos al Consejo Directivo de OSIPTEL que estaba en curso una cuestión litigiosa ante un Tribunal Arbitral que necesitaba ser esclarecida antes de confirmar el Mandato de Participación; y,

(iii) Existe identidad entre los sujetos, los hechos y los fundamentos, por lo que la inhibición debía realizarse.

d. Sobre el primer punto, es necesario recordar lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC:

"Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede

jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional". (Subrayado agregado).

- e. Es evidente, entonces, que el arbitraje como mecanismos de solución de controversias reconocido por la Constitución, se constituye también como un orden jurisdiccional, claro está, con sus particularidades. En tal sentido, la disposición que obliga a las autoridades administrativas a inhibirse causas que están siendo ventiladas en sede jurisdiccional debe aplicar tanto a si se trata de un proceso judicial, como si se trata de un proceso arbitral en curso.
- f. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia citada:

"Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluidas autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes" (Subrayado agregado).

- g. Lo expuesto demuestra que tanto el principio de no interferencia previsto en nuestra Constitución, como lo establecido en el Artículo 73 del TUO de la LPAG resulta aplicable al caso.
- h. Ahora bien, sobre el segundo punto, es importante recordar que la existencia del arbitraje fue puesta en conocimiento del Consejo Directivo de OSIPTEL en el trámite de nuestro recurso de reconsideración, de manera que se encontraba plenamente informado de la existencia del arbitraje.

i. Por último, es importante precisar que, aun cuando las pretensiones planteadas en ambas sedes fueron distintas, la ley sólo exige que exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Pues bien, esa identidad está plenamente acreditada, tal cual como fue argumentado en nuestro recurso de reconsideración:

- a) **Los sujetos somos los mismos:** nosotros y AZTECA. En el proceso arbitral nosotros actuamos como demandantes y ellos como demandados. En el procedimiento administrativo, tanto AZTECA como nosotros somos administrados, partes del procedimiento.

- b) **Los hechos son los mismos:** la controversia en ambos casos gira alrededor de la retribución que es debida por AZTECA a nosotros por el uso de nuestra infraestructura.

- c) **Los fundamentos también son los mismos:** Nosotros sostenemos en ambas sedes que la retribución aplicable es aquella pactada libremente por las partes en el Contrato. AZTECA, por su parte, sostiene que debe aplicarse la retribución que se fija en el Mandato de Compartición.

j. La triple identidad que exige la ley queda, entonces, acreditada. En virtud de ello, el Consejo Directivo de OSIPTEL debió inhibirse conforme le ordena la ley. Al no hacerlo, no sólo se ha violado la ley incurriéndose en una causal de nulidad conforme al Artículo 10 del TUO de la LPAG, sino además se ha afectado nuestro derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, como bien lo ha señalado nuestra Corte Suprema en la Sentencia de Casación N° 870-2011-LA LIBERTAD del 21 de marzo de 2013:

“La apreciación conjunta de estas normas permite desprender entonces que la ratio que las justifica estriba en el hecho de evitar que la Administración pueda avocarse a decidir directa o indirectamente sobre asuntos que son objeto de conocimiento de los órganos del Poder Judicial; y ello debido a que una práctica como esta no solo implicaría una vulneración a lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que además, implicaría una vulneración al derecho a la tutela procesal efectiva de quienes a pesar de haber sometido un asunto a la jurisdicción del Poder Judicial, se ven afectados por actos de la Administración que desconocen los alcances del litigio en trámite, actuando en contra de los intereses discutidos en el proceso jurisdiccional sin existir una decisión firme que los dilucide”. (Subrayado agregado).

-
- k. Por último, es necesario precisar que la *inhibición* es obligatoria. Si bien la norma utiliza el término “podrá”, nuestra Corte Suprema ya ha aclarado que la norma consagra en realidad una *obligación*. Así, en la Sentencia de Casación N° 870-2011-LA LIBERTAD del 21 de marzo de 2013:

“Y si bien el inciso 64.2 del artículo 64 de la Ley N° 27444 hace referencia a que la autoridad administrativa “podrá” determinar su inhibición, ello no puede interpretarse de ningún modo como una consecuencia sometida al puro arbitrio de la Administración, sino como una consecuencia natural a la situación verificada, pues lo contrario implicaría una clara contradicción a los fines de la norma”. (Subrayado agregado).

- l. Lo expuesto demuestra que las resoluciones impugnadas se encuentran incursas en vicios de nulidad evidentes, al haberse emitido en contravención al Artículo 73 del TUO de la LPAG, encontrándose, por tanto, en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del Artículo 10 de la misma norma.

5.5. ERROR EN LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA: Osiptel Ha Actuado

**Violando La Intangibilidad De Los Contratos Consagrada En El
Artículo 62 De La Constitución**

- a. Conforme hemos expuesto, los pactos del Contrato se suscribieron a la luz de las normas vigentes al momento de su celebración. Ello incluye tanto la cláusula de retribución como la cláusula de solución de controversias. Sin embargo, ambas han sido desconocidas por OSIPTEL.
- b. Dicho desconocimiento implica una violación al principio de intangibilidad de los contratos que reconoce el Artículo 62 de la Constitución y que las autoridades administrativas están obligadas a respetar. En efecto, el Contrato celebrado por las partes y los pactos contenidos en el mismo están amparados por lo dispuesto en el Artículo 62 de la Constitución:

“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". (Subrayado agregado).

- c. Como puede apreciarse, el primer párrafo de dicha norma garantiza la libertad de contratar y la libertad contractual de las partes. En ese sentido, las partes de un contrato son libres de decidir si contratan o no y, a su vez, son libres de determinar el contenido del contrato, siempre teniendo como límite las normas vigentes al momento de celebrarse el contrato.
- d. Ahora bien, el mismo texto constitucional añade con contundencia que *"los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*. Se garantiza así que los pactos celebrados por las partes de un contrato no se vean afectados por la entrada en vigencia de normas posteriores.
- e. El fundamento de dicha norma se encuentra en la seguridad jurídica, entendida como el principio que garantiza la confiabilidad, calculabilidad y predictibilidad en el ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe recordar lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional:

"(...) la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no exista un reconocimiento expreso, el Tribunal ha destacado que su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como el párrafo a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución ["Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"], y otras de alcance específico, como la que expresa el párrafo f) del inciso 24) del artículo 2 ["Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley], o el inciso 3) del artículo 139° de la Ley Fundamental ["Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación" (SIC 0016-2002-AI/TC, Fund. N° 4)]. Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los

individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria".⁶ (Subrayado agregado).

f. En ese sentido, siguiendo a la mejor doctrina, una afectación a la seguridad jurídica implica vulnerar la *confiabilidad* de las personas (que actuaron sobre la base del marco normativo vigente al momento de tomar decisiones como contratar) y su *calculabilidad* sobre la actuación de los poderes públicos⁷ en el sentido que éstos respetaran la Constitución, la ley y los pactos que suscriben los privados.

g. En el marco de los contratos, esa seguridad jurídica parte de la premisa que, si las partes pactan teniendo como marco de referencia un ordenamiento jurídico dado, no puede luego imponérseles un marco normativo que no tuvieron como referencia en un primer momento.

⁶ Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 10-2014-PI/TC.

⁷ Sobre los estados ideales o valores (cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad) que promueve el principio de seguridad jurídica, ver AVILA, Humberto. Indicadores de seguridad jurídica. En: I Congreso Bienal sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica, Girona, 2013, p. 3: "(...) se puede definir la seguridad jurídica como una norma-principio que exige, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurisdiccional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de —sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad— plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro."

- h. Comentando dicha norma en concordancia con el artículo 1354 del Código Civil que sigue la misma línea, el profesor Fernando de Trazegnies tiene escrito lo siguiente:

"La regla del artículo 1354 ha dado lugar a jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que no sólo la formación del contrato debe ceñirse a lo dispuesto por las reglas vigentes al tiempo del contrato, sino que, como consecuencia de ello, sus cláusulas deben también interpretarse posteriormente de acuerdo a tales normas vigentes en ese entonces (Casación 1132- 2002. Lima, 31 enero de 2003). De esta forma, la Corte Suprema ha confirmado que los contratos no pueden estar sujetos a intervenciones legales del Estado que se produzcan durante su ejecución, ni aun por la vía de la interpretación"⁸. (Subrayado agregado).

- i. En ese sentido, es claro que la norma constitucional impide que normas posteriores modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. No existe aplicación retroactiva de las normas que pueda interferir en los contratos.

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En: Themis-Revista de Derecho, N° 49, 2004, p. 27.

j. Reiteramos que el fundamento de ello se encuentra en la seguridad jurídica, es decir, en la consideración hacia las partes sobre el marco jurídico que tomaron en cuenta al momento de celebrar el contrato. Una solución diversa que permitiera la intervención sobre el contenido del contrato implicaría defraudar las expectativas de las partes.

k. Sobre la base de ello, se ha dicho lo siguiente:

“Los contratantes, en consecuencia, solo deben tomar en consideración el marco legal vigente al momento de la celebración del contrato. Las decisiones políticas que en el futuro tomen las autoridades no pueden afectar los acuerdos adoptados por los contratantes en el presente o en el pasado.”⁹ (Subrayado agregado).

Esta es la interpretación que consideramos debe realizarse del Artículo 62 de la Constitución en el sentido que es una garantía absoluta de la libertad contractual frente a las leyes posteriores, las cuales no pueden afectar el contenido de un contrato que ha sido celebrado sin violar las normas vigentes a la fecha de su celebración.

⁹ ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo. La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. En: *Ius et Veritas*, N° 46, 2013, p. 122.

-
- l. En el caso concreto, ello implica que el Contrato no puede verse afectado por los cambios generados por la Resolución Viceministerial. Especialmente cuando las partes pactaron que recién luego de transcurridos tres años se podría modificar la retribución en virtud de la nueva normativa vigente. Es decir, las mismas partes advirtieron el riesgo de la aparición de un nuevo marco normativo y pactaron con miras a asegurarse sobre ese riesgo. **¿Cómo puede entonces desconocerse dicho pacto?**

Ahora bien, cierto sector de la doctrina ha señalado que el Artículo 62 de la Constitución tiene como límite las *normas imperativas*¹⁰, como podría ser el caso de la Resolución Viceministerial. Es decir, las normas posteriores imperativas sí podrían afectar el contenido de contratos anteriormente celebrados; mientras que las normas posteriores supletorias o dispositivas serían las que no podrían afectar el contenido de los contratos.

- m. Esta lectura restrictiva es inaceptable por privar de contenido al Artículo 62 de la Constitución. La razón se encuentra en la naturaleza misma de las normas (imperativas o supletorias). Las normas supletorias por naturaleza son disponibles, es decir, las partes pueden pactar en contrario si así lo desean.

¹⁰ En ese sentido, ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Lima: PUCP, 2003, p. 154.

Entonces, si el Artículo 62 de la Constitución se refiere sólo a las normas supletorias, sería una norma superflua e irrelevante. En efecto, aun cuando no existiera el Artículo 62, las partes siempre han podido apartarse de las normas supletorias. Ninguna norma supletoria posterior podría afectar el contenido del contrato porque, por naturaleza, es una norma que las partes pueden dejar de lado.

- n. En ese sentido, el Artículo 62 de la Constitución sólo tiene sentido si se refiere a normas imperativas, pues sólo estas pueden afectar el contenido de los contratos. Esta posición ha sido recientemente sostenida en la doctrina nacional, en posición que compartimos:

"El artículo 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales.

*¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato?
Desde una perspectiva teórica, solo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la*

supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes decidan.

(...)

Como quiera que las normas dispositivas no pueden per se alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el artículo 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que solo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra solo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el artículo 62 de la Constitución no afecta¹¹. (Subrayado agregado).

Sobre la base de ello es que también debe darse una lectura restrictiva al Artículo 1355 del Código Civil, en el sentido que ninguna norma – ni por razones de interés social – puede modificar el contenido de un contrato que haya sido celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma.

¹¹ ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo. La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. En: *Ius et Veritas*, N° 46, 2013, pp. 121-122.

-
- o. En atención a lo expuesto, reiteramos que el Artículo 62 consagra la intangibilidad del Contrato y, por ende, de los pactos que se encuentran en el mismo.

Esto fue alegado en su oportunidad en nuestro recurso de reconsideración; sin embargo, el Consejo Directivo de OSIPTEL se ha mantenido en su posición consistente en que sí tiene competencia para emitir el Mandato de Participación, entonces puede interferir en el Contrato.

- p. Ello es falso por dos razones fundamentales:

(i) Como hemos advertido en el primer punto del presente acápite, los mandatos de participación tienen como finalidad asegurar el acceso a la infraestructura y no regular los precios, por lo que en realidad OSIPTEL nunca tuvo la competencia que dice la habilita; y,

(ii) Aun cuando tuviera competencia para emitir un mandato de participación, su límite se encuentra en la Constitución que, como hemos apreciado, reconoce la intangibilidad de los contratos de forma expresa e indubitable.

En tal sentido, los argumentos expuestos por el Consejo Directivo de OSIPTEL no la eximen de haber infringido abiertamente la Constitución, al emitir tanto la Resolución 63 como la Resolución 128, razón por la cual corresponde declarar **NULAS** ambas resoluciones por encontrarse incursas en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del Artículo 10 del TUO de la LPAG.

- q. De esta forma, en tanto el juicio de verosimilitud que exige la concesión de la medida cautelar sólo debe probar que existe una probabilidad de existencia del derecho, y la misma ha quedado firmemente acreditada por los argumentos expuestos, puede concluirse en que se ha cumplido con acreditar la verosimilitud del derecho exigida.

5.6. ERROR EN LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA: Osiptel Ha vulnerado el Derecho a la Debida Motivación

- a. Uno de los derechos fundamentales de los administrados es el de la motivación de las resoluciones administrativas. En este sentido, el artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, lo considera como un requisito de validez del acto administrativo, señalando:

“El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

- b. Siendo más específicos en lo relativo a la motivación de las resoluciones, debemos precisar que el artículo 6° del mismo texto legal establece lo siguiente:

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

- c. Como vemos, el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas excluye a las motivaciones aparentes; es decir, aquellas

que se estructuran sobre fórmulas vacías de contenido que esconden la realidad; y, por tanto, no aluden directamente a las incidencias del caso; así como a las motivaciones contradictorias.

- d. En el presente caso, podemos apreciar que ni la Resolución N° 63 ni la Resolución N° 128 emitidas por el Consejo Directivo de OSIPTEL se encuentran debidamente motivadas, pues estas no se han pronunciado sobre el integro de los argumentos que fueron expuestos en nuestro escrito de 'respuesta' a la solicitud de compartición de infraestructura ni a los que fueron sustento de nuestro recurso de reconsideración.
- e. Al respecto, una motivación adecuada no requiere que las partes tengamos que adivinar y/o especular respecto de los criterios que se adoptan, pues ellos se desprenden de la misma resolución. Ello corresponde a una debida motivación. Sin embargo, en el caso concreto, no se expresan cuáles fueron los criterios de valoración que influyeron en la decisión de OSIPTEL.
- f. Al respecto, es importante señalar que las afirmaciones genéricas y ambiguas contenidas en dicha sección referidas a la supuesta necesidad de suspender el trámite del procedimiento, no permiten determinar cuál fue la razón o razones que motivaron a que el Consejo Directivo adopte dichas decisiones.

-
- g. En consecuencia, es claro que el Consejo Directivo de OSIPTEL incurrió en una motivación aparente, pues la lectura de la Resolución N° 63 y la Resolución N° 128 no permiten que se conozca a verdaderamente las razones que han permitido que nuestros argumentos hayan sido desestimados.

La prueba inequívoca de nuestra afirmación contenida en el párrafo anterior corresponde a las propias Resolución N° 63 y la Resolución N° 128; al respecto, si se parte únicamente de la lectura de dichas resoluciones no se puede determinar por qué puede emitirse el mandato de compartición, sin tener que presumir y especular respecto a los criterios utilizados por OSIPTEL.

- h. Por estas consideraciones y teniendo en cuenta que se ha incumplido con uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, es que corresponde que se declare la nulidad de la resolución impugnada, conforme a lo prescrito por el artículo 10°, inciso 2, de la Ley N° 27444.

5.7. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL

- a. Por estas consideraciones y teniendo en cuenta que se ha incumplido con uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, solicitamos la nulidad de la resolución impugnada, conforme a lo prescrito por el artículo 10°, inciso 2, de la Ley N° 27444.

b. Nuestra pretensión se hace viable por lo dispuesto por el numeral 1) y 2) del artículo 5º del TUO de la Ley N° 27584, Ley Proceso Contencioso Administrativo.

c. Respecto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda debemos señalar:

i. La demanda se refiere a una resolución que causa estado

Una resolución que causa estado es aquella que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera definitiva la voluntad de la administración.

La Resolución N° 128, objeto de nuestra pretensión, puso fin a la vía administrativa por tratarse de la última instancia administrativa encargada de tramitarla.

ii. La resolución haya sido impugnada en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en la ley:

Como ha quedado expuesto, la Resolución N° 128 resolvió el recurso de reconsideración que interpusimos.

- iii. Interponemos la demanda dentro de plazo de tres meses de notificada la resolución impugnada:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19° del TUO de la Ley 27584, el plazo para interponer una demanda de impugnación de resolución administrativa es de tres (3) meses desde notificada la resolución administrativa a impugnar, cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones referidas a la declaración de nulidad, total, parcial o ineficacia de actos administrativos.

En tal sentido, la presente demanda se interpone dentro del plazo establecido en el artículo 19° del TUO de la Ley 27584, pues en el caso materia de autos estamos solicitando la nulidad de la Resolución N° 128, notificada el 23 de mayo de 2018, según se acredita con el cargo de notificación que adjuntamos.

Finalmente, sobre la base del principio de favorecimiento del proceso recogido en el numeral 3) del artículo 2° del TUO de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, solicitamos que, en el supuesto negado que el juez tenga duda sobre la procedencia o no de la demanda, prefiera dar trámite a la misma.

VI. MEDIOS PROBATORIOS.

Con la finalidad de sustentar nuestra pretensión, ofrecemos los siguientes medios probatorios:

- 5.1. El mérito de la copia simple de la Resolución N° 128, objeto de impugnación, la cual pone fin a la vía administrativa y sustenta los fundamentos de nuestra demanda.
- 5.2. El mérito de la copia simple del Contrato suscrito con Azteca.
- 5.3. El expediente administrativo N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, en el que ha sido expedida la Resolución N° 128, para cuyo efecto el Juzgado se servirá cursar oficio a la entidad demandada.

POR TANTO: A usted pedimos se sirva admitir la presente demanda y en su oportunidad declararla **FUNDADA**, conforme a los fundamentos antes expuestos.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que, en calidad de anexos adjuntamos los siguientes documentos:

- ANEXO 1 – A: Consulta RUC de nuestra empresa.
ANEXO 1 – B: Poder de nuestra representante.
ANEXO 1 – C: Copia simple del DNI de nuestra representante.

-
- ANEXO 1 – D: El mérito de la copia simple de la Resolución N° 128, objeto de impugnación, la cual pone fin a la vía administrativa y sustenta los fundamentos de nuestra demanda
- ANEXO 1 – D: El mérito de la copia simple del Contrato suscrito con Azteca

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, adjuntamos la respectiva tasa judicial por concepto de ofrecimiento de medios de prueba.

TERCER OTROSI DECIMOS: Que, por convenir a nuestro derecho delegamos representación a los letrados que autorizan el presente escrito a fin de que indistintamente cualquiera de ellos pueda ejercer las facultades generales de representación judicial contenidas en los artículos 74° y 80° del Código Procesal Civil, para lo cual declaramos estar instruidos de la representación que otorgamos y de los alcances de la misma, para lo cual ratificamos como nuestro domicilio el indicado en la introducción de la presente solicitud.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, autorizamos a los señores: Ana Claudia Acevedo Blanco, Ciro Diego Mauricio Rodríguez Díaz, Rodrigo Duffoo Sologuren, Andrés Sanz Policarpo, Sebastian Orrego Rodríguez-Cadilla, Jorge Isimura Madariaga, Antonio Nina Jihuallanca, a fin que, indistintamente, puedan practicar desgloses, recabar anexos, títulos u otros documentos, cuya devolución pudiera ordenarse, retirar exhortos, cédulas, oficios, testimonios,

etc. diligenciarlos, y en general realizar cualquier otra gestión respecto de la cual fuere suficiente esta autorización.

QUINTO OTROSI DECIMOS: De conformidad con lo establecido en el artículo 24° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo **SOLICITAMOS** se sirva ordenar al **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES**, cumpla con remitir el expediente administrativo N° 00006-2017-CD-GPRC/MC, en el que ha sido expedida la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTEL, dentro del plazo de 15 días hábiles bajo los apercibimientos correspondientes.

SEXTO OTROSI DECIMOS: Que, acompañamos copias simples del presente escrito debidamente firmadas para ser entregadas a las partes.

Lima, 17 de agosto de 2018

C'M'S' GRAU

LUIS ALBERTO LIÑAN ARANA
C.A.L. N° 17987

C'M'S' GRAU

MIGUEL MANRIQUE RUES
C.A.L. N° 58276

Maria del Carmen Soraya Ancochea Chávez
MARÍA DEL CARMEN SORAYA ANCOCHEA CHÁVEZ
APODERADA
ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

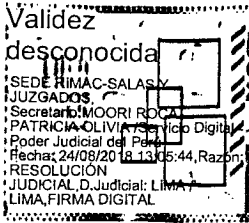
ANEXO 1-C



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
SÉPTIMO JUZGADO ESPECIAL

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



Expediente : N°09124-2018
Demandante : Enel Distribución Perú S.A.A.
Demandado : Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
Secretario : Patricia Moori Roca

RESOLUCIÓN NÚMERO UNO

Lima, veinticuatro de agosto
de dos mil dieciocho.-

Puesto a Despacho en la fecha por la asistente judicial;
AUTOS Y VISTOS: con el escrito postulatorio de demanda ingresado a este juzgado con fecha veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, 1 comprobante de pago por ofrecimiento de pruebas, comprobantes de pago por concepto de notificación y, demás documentos que se adjuntan: Agréguese a los autos; **y, ATENDIENDO AL PRINCIPAL: PRIMERO:** De conformidad con el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27584), *La acción contenciosa administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados;* **SEGUNDO:** Examinada la demanda y sus anexos se verifica que **ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.** interpone demanda contra la **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES** y la empresa **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.**, teniendo como **Pretensión Principal¹:** Se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTEL de fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciocho; y como **Pretensión Accesoría:** Se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciocho y se ordene a demandado cumplir con el pago de las costas y costos. **TERCERO:** La demanda reúne el requisito exigido por el inciso 1 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley N° 27584, así como los previstos en el artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, encontrándose dentro de la competencia

¹ Pretensión que se ha adecuado en virtud del principio de suplencia de oficio previsto en el numeral 4 del artículo 2 del TUO de la Ley N° 27584.

establecida en el artículo 11² de la referida Ley; asimismo, la pretensión planteada se encuentra dentro del supuesto previsto en el inciso 1 del artículo 5 del referido texto normativo, estando evidenciada la legitimidad e interés para obrar de la demandante; en observancia de lo dispuesto en los artículos 13 y 28 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584; **SE RESUELVE:**

1) **ADMITIR** a trámite la demanda interpuesta por **ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.** contra la **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES** y la empresa **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.** en la vía del **PROCESO ESPECIAL**; asimismo, téngase presente por el asistente de notificaciones la **CASILLA ELECTRÓNICA N° 211**, a efecto de su notificación con arreglo a ley; y, **CÓRRASE TRASLADO** por el plazo de **DIEZ DÍAS** para que conteste la demanda bajo apercibimiento de declararse su rebeldía en caso de incumplimiento, debiendo entenderse el emplazamiento con el procurador público de la Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones³; quien deberá consignar necesariamente su casilla electrónica conforme a lo dispuesto en el artículo 155-B del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴, que constituye requisito de admisibilidad conforme a la norma citada; **TÉNGASE** por ofrecidos los medios probatorios; reservándose su admisión, y de ser el caso, su actuación para la etapa procesal respectiva.

2) **SE ORDENA** al demandado **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES** para que en el plazo de **diez días hábiles** remita a este Juzgado el expediente administrativo materia de las actuaciones administrativas cuestionadas, **debidamente foliado en forma ascendente, completo y legible**, con los cargos respectivos de notificación incorporados, bajo apercibimiento de imponerles multa compulsiva y progresiva en caso de incumplimiento, de conformidad con lo señalado en el artículo 152 de la Ley N° 27444 y el artículo 24 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584. Sin perjuicio de ello, **CUMPLA** el demandado con señalar el nombre del

² Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1158, publicado el 06 diciembre 2013.

³ Artículo 17.1 del T.U.O. de la Ley N° 27584, prescribe que: "La representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado".

⁴ Artículo incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30229 (Publicado el doce de julio de dos mil catorce)

funcionario responsable bajo el cual se encuentra en custodia el expediente administrativo, así como el área y domicilio de éste, a efecto de su requerimiento bajo los apremios de ley, en caso de incumplimiento, ello en atención a lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 200-20 11-P-PJ de fecha once de mayo de dos mil once.

3) A LOS OTROS: Téngase presente y delegada las facultades de representación a favor de los letrados que designa.

4) De otro lado, mediante la Resolución Administrativa N° 299-2009-CE-PJ, restituida por Resolución Administrativa N° 025-201 2-CE-PJ, se exhortó a los jueces del país a requerir a los señores abogados que ejercen el patrocinio ante el Poder Judicial, la presentación de la constancia de habilitación emitida por el Colegio de Abogados en el que están registrados; en tal sentido, **CUMPLA la parte demandante en el plazo de **TRES DÍAS HÁBILES** con presentar en original y vigente, la Papeleta de Habilitación de los letrados, quienes autorizan el escrito de la demanda. **NOTIFICÁNDOSE** a la demandante en su Casilla Electrónica N° 211; al demandado **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES** en su domicilio sito **Av. Gálvez Barrenechea N° 133 - San Isidro - Lima** y al demandado **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.** en su domicilio sito **Av. 28 de julio N° 1011, piso 5 - Miraflores - Lima.** ASVEL**

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 002-2018-CCO/OSIPTEL**

Lima, 12 de octubre de 2018

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Enel Distribución Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resolución N° 191-2018-CD/OSIPTEL de fecha 28 de agosto de 2018 para resolver la controversia presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha.

VISTO:

El escrito presentado por ENEL con fecha 4 de octubre de 2018, a través del cual contesta la reclamación presentada por AZTECA, solicitando al Cuerpo Colegiado Ad Hoc que la declare improcedente y/o infundada.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ENEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y, a su vez, dispuso correr traslado de la reclamación a AZTECA, a fin de que proceda a contestarla en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
2. Asimismo, en el artículo segundo de la citada Resolución, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso que la presente controversia se tramite como una que no involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I – Procedimientos que no versan sobre la comisión de una infracción del Título VII del Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias¹ (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias).

¹ Aprobadas mediante Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y 125-2018-CD/OSIPTEL.

3. Al respecto, mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2018, ENEL contesta la reclamación presentada por AZTECA y plantea excepción de convenio arbitral, así como la suspensión del presente procedimiento hasta que se resuelva el proceso contencioso administrativo seguido por ENEL contra el OSIPTEL y AZTECA por la validez del mandato de compartición aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018. Asimismo, indicó que en la Resolución N° 001-2018/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2018 se debe precisar que la pretensión referida a la devolución de lo pagado en exceso debe ser accesoria y no subordinada.
4. Al respecto, cabe indicar que, de conformidad con los artículos 46^{o2} y 48^{o3} del Reglamento de Solución de Controversias, el escrito de contestación de fecha 4 de octubre de 2018 se presentó dentro del plazo establecido. En ese sentido, corresponde correr traslado de dicho escrito a la reclamante, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados de la notificación de la presente Resolución.
5. Finalmente, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2018 se incurrió en error material al consignarse la pretensión referida a la devolución del presunto monto pagado en exceso como pretensión subordinada en lugar de accesoria, por lo que debe efectuarse la respectiva rectificación, de conformidad con el artículo 210° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS⁴.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Tener por presentado y agregar al expediente el escrito remitido con fecha 4 de octubre de 2018 por Enel Distribución Perú S.A.A. y, en consecuencia, correr traslado del mismo a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., a efectos de que se pronuncie en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la presente Resolución.

² **Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias**
*“Artículo 46.- Traslado y contestación. Si no se objetó la reclamación de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, se correrá traslado al reclamado al día siguiente de vencido el plazo establecido en el artículo citado.
El reclamado deberá proceder a contestar la reclamación en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma.”*

³ **Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias**
“Artículo 48.- Réplicas y Excepciones. El reclamado podrá presentar réplicas, observándose para tal efecto lo establecido en el numeral 223.4 del artículo 223 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Las excepciones se proponen conjunta y únicamente junto con la contestación de la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, podrán resolverse al inicio del procedimiento.”

⁴ **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General**
*“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”*

Artículo Segundo.- Rectificar el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Tania Zúñiga Fernández, Renzo Rojas Jiménez y Laura Montalvo Mundaca.

Renzo Rojas Jiménez
Miembro

Laura Montalvo Mundaca
Miembro

Tania Zúñiga Fernández
Presidente



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 018-2019-CCO/OSIPTEL

Lima, 29 de mayo 2019

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Enel Distribución Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resoluciones N° 191-2018-CD/OSIPTEL y N° 058-2019-CD/OSIPTEL, de fechas 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, respectivamente, para resolver la controversia presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha.

VISTOS:

El Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL por discrepancias en la ejecución del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica” (en adelante, Contrato de Compartición), derivadas de la incorrecta aplicación de las normas de compartición, en específico, del valor del “Na” contenido en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica¹ (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha). Al respecto, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:

- **Primera pretensión principal.**- Se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Sobre el particular, AZTECA señala que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador “Na” se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3).

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

- **Pretensión accesoria a la primera pretensión principal**².- Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato o, en su defecto se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá ENEL a AZTECA en el futuro por el uso de infraestructura.
 - **Segunda pretensión principal**.- Se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, específicamente el extremo referido a que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 de dicho contrato tendría una vigencia mínima de 3 años, no resulta exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.
2. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ENEL, en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y, a su vez, dispuso correr traslado de la reclamación a ENEL, a fin de que proceda a contestarla en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
 3. A través del escrito presentado el 4 de octubre de 2018, ENEL contestó la reclamación presentada por AZTECA y dedujo excepción de convenio arbitral o, en su defecto, la suspensión del presente procedimiento hasta que se resuelva el proceso contencioso administrativo seguido contra el OSIPTEL y AZTECA en el que solicitó la nulidad del mandato de compartición, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018. Asimismo, ENEL solicitó se le conceda el uso de la palabra.
 4. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otras cosas, tener por presentado y agregar al expediente el escrito remitido con fecha 4 de octubre de 2018 por ENEL, y correr traslado del mismo a fin de que AZTECA se pronuncie.
 5. A través del escrito N° 2 presentado el 16 de octubre de 2018, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc, entre otras cosas, que se considere como parte de la pretensión accesoria de la pretensión principal, la compensación con obligaciones de pago existentes a la fecha o las que se originen a futuro, a efectos de brindar una modalidad adicional a la devolución del monto cobrado en exceso por el uso de la infraestructura de ENEL.
 6. Mediante Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otras cosas, acoger la solicitud planteada por AZTECA respecto de que se precisen los alcances de la pretensión accesoria de la primera pretensión principal, referida a la modalidad adicional de devolución propuesta.

² Por Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió rectificar el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, al haberse consignado la devolución del monto pagado en exceso como una pretensión subordinada en lugar de accesoria.

7. Dentro del plazo establecido en la Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, el 25 de octubre de 2018, AZTECA contestó la excepción deducida por ENEL, así como la solicitud de suspensión del presente procedimiento.
8. A través de la Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 31 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros, otorgar a ambas empresas el uso de la palabra en el Informe Oral, a realizarse el día viernes 9 de noviembre de 2018, a fin de exponer sus argumentos sobre la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL.
9. Por escrito N° 4, presentado con fecha 31 de octubre de 2018, AZTECA expuso argumentos adicionales respecto de la excepción deducida por ENEL.
10. A través del escrito presentado con fecha 5 de noviembre de 2018, ENEL solicitó la postergación del informe oral programado para el 9 de noviembre de 2018, así como la notificación del escrito N° 3 presentado por AZTECA, con fecha 25 de octubre de 2018.
11. Por Resolución N° 005-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 6 de noviembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió disponer la reprogramación del Informe Oral previsto para el día 9 de noviembre de 2018, y remitió a ENEL copia del escrito N° 3 presentado por AZTECA, con fecha 25 de octubre de 2018³.
12. Mediante escrito presentado con fecha 28 de noviembre de 2018, ENEL remitió argumentos adicionales que sustentan la excepción deducida, así como la solicitud de suspensión del presente procedimiento.
13. Mediante Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió requerir a AZTECA y a ENEL que en un plazo de cinco (5) días hábiles, remitan información que permita identificar las materias sometidas al proceso arbitral aludido por ambas partes del procedimiento.
14. Mediante escritos de fechas 17 de diciembre de 2018, AZTECA y ENEL remitieron información a fin de identificar las materias sometidas al proceso arbitral, en virtud del requerimiento efectuado por la Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTEL.
15. Mediante Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 14 de febrero de 2019, se resolvió, entre otros temas, citar a AZTECA y ENEL, para que por medio de sus representantes debidamente acreditados, participen en el Informe Oral, a realizarse el día martes 26 de febrero de 2019.

³ En la mencionada Resolución N° 005-2019-CCO, el Cuerpo Colegiado agregó que en relación a que no se habría notificado a ENEL el escrito N° 3 presentado por AZTECA con fecha 25 de octubre de 2018, resultaba necesario señalar que de la revisión del Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI, se advierte del cargo de notificación del 31 de octubre de 2018, suscrito por ENEL, que el Oficio N° 356-STCCO/2018 indica como documentos adjuntos, además de la Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, el escrito N° 3 de AZTECA, sin que se haya registrado observación alguna por parte de la empresa notificada, habiéndose practicado con el debido diligenciamiento y cumpliéndose con las formalidades y requisitos legales, la notificación ha sido válidamente realizada.

16. A través de los escritos N° 10 y 11, presentados con fechas 20 y 21 de febrero de 2019, AZTECA solicitó la reprogramación de la audiencia de informe oral fijada para el día 26 de febrero de 2019.
17. Por Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió aceptar la reprogramación del Informe Oral solicitada por AZTECA y, en consecuencia, citar a ambas partes para que, por medio de sus representantes, debidamente acreditados, participen en el Informe Oral que se llevará a cabo el día martes 12 de marzo de 2019.
18. Mediante escrito N° 12, presentado con fecha 22 de febrero de 2019, AZTECA remitió información adicional relacionada con el proceso arbitral aludido por ambas partes.
19. A través del escrito presentado con fecha 25 de febrero de 2019, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL, y solicitó se postergue la audiencia de Informe Oral, programada para el día 26 de febrero de 2019.
20. Por Resolución N° 013-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 28 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió declarar improcedente el recurso interpuesto por ENEL y dispuso la reprogramación del Informe Oral previsto para el día martes 12 de marzo de 2019.
21. Mediante Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc citó a las partes al Informe Oral a realizarse el día jueves 4 de abril de 2019, a fin de que presenten sus argumentos respecto de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL.
22. Mediante escrito N° 13, presentado con fecha 3 de abril de 2019, AZTECA informó que, en el proceso arbitral iniciado por ENEL, el Tribunal Arbitral ha emitido un laudo que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero. Por tanto, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc que considere los argumentos desarrollados en su escrito, a fin de desestimar la excepción deducida por ENEL, para lo cual adjuntó copia del referido laudo arbitral.
23. Por Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de abril de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros aspectos, reprogramar el Informe Oral previsto para el jueves 4 de abril de 2019, y, en ese sentido, citar a las partes al Informe Oral a llevarse a cabo el día viernes 12 de abril de 2019, a fin de poner en conocimiento de ENEL el escrito del 3 de abril de 2019, presentado por AZTECA.
24. Mediante escrito de fecha 11 de abril de 2019, ENEL interpuso una tacha contra el laudo arbitral ofrecido como medio probatorio por AZTECA, con la finalidad de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc excluya dicho documento del análisis para resolver la presente controversia. Asimismo, solicitó la postergación del Informe Oral previsto para el jueves 12 de abril de 2019, hasta que se haya procesado su réplica contra el escrito N° 13, presentado por AZTECA.

25. A través de la Resolución N° 016-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 12 de abril de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió tener por presentado y agregar al expediente el escrito de fecha 11 de abril de 2019 remitido por ENEL y, en consecuencia, correr traslado a AZTECA, a efectos de que se pronuncie respecto de la tacha interpuesta. Asimismo, dispuso suspender el informe oral previsto para el día viernes 12 de abril de 2019.
26. Por escrito N° 14, de fecha 24 de abril de 2019, AZTECA absolvió la tacha interpuesta por ENEL contra el laudo parcial, solicitando que sea declarada infundada, se admita como medio probatorio el laudo ofrecido y se continúe con la tramitación del presente procedimiento.
27. Mediante Resolución N° 017-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de mayo de 2019, se resolvió citar a AZTECA y ENEL para que, por medio de sus representantes debidamente acreditados, participen en el Informe Oral, a llevarse a cabo el día 22 de mayo de 2019, con el fin de contar con mayores elementos de juicio sobre la excepción de convenio arbitral planteada por ENEL y la tacha que ha formulado contra el laudo arbitral ofrecido por AZTECA; así como respecto de la solicitud de ENEL de suspensión del presente procedimiento administrativo.
28. Según consta en el Acta de la Audiencia de Informe Oral, que obra en el presente expediente, la citada Audiencia se realizó el día miércoles 22 de mayo de 2019, donde las partes argumentaron sus posiciones con relación a tacha, la excepción de convenio arbitral y la solicitud de suspensión de la presente controversia, planteadas por ENEL.

II. OBJETO

29. De lo anteriormente expuesto, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc evaluar la tacha, la excepción de convenio arbitral y la solicitud de suspensión del presente procedimiento, planteadas por ENEL, en el marco de lo establecido por el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias)⁴ y las demás disposiciones normativas que resulten aplicables.

III. SOBRE LA TACHA PRESENTADA POR ENEL

III.1. Posiciones de las partes

III.1.1. Posición de ENEL

30. Como se expuso previamente, a través del escrito presentado con fecha 11 de abril de 2019, y de acuerdo con lo expuesto en la Audiencia de Informe Oral, de fecha 22 de mayo de 2019, ENEL sustentó la tacha presentada contra el laudo arbitral ofrecido por AZTECA, principalmente, sobre la base de los siguientes argumentos:
 - El laudo arbitral resulta impertinente para dilucidar la controversia relacionada con la excepción de convenio arbitral, pues corresponde a una

⁴ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.

controversia distinta con relación al presente procedimiento trilateral, en la que se solicitó al Tribunal Arbitral que declare el incumplimiento contractual de AZTECA, y, en consecuencia, se otorgue una indemnización.

- La declaración de incompetencia por parte del Tribunal Arbitral para emitir un pronunciamiento sobre las cuestiones controvertidas sometidas a su jurisdicción, no incide en la presente controversia, en tanto las materias y pretensiones de ambos casos no guardan ningún tipo de relación, ya sea directa o indirecta.
- El laudo arbitral resulta irrelevante para el presente procedimiento, en tanto no tiene la calidad de firme, máxime si se encuentra tramitando su impugnación a fin de que sea declarado nulo; y, además, porque no genera cosa juzgada pues no se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia.

III.1.2. Posición de AZTECA

31. Por su parte, mediante escrito N° 14, presentado con fecha 24 de abril de 2019, y de acuerdo con lo expuesto en la Audiencia de Informe Oral, de fecha 22 de mayo de 2019, AZTECA absolvió la tacha interpuesta por ENEL, solicitando se declare infundada, sobre la base de los siguientes argumentos:

- El laudo arbitral constituye un pronunciamiento pertinente pues la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL genera que, en vía administrativa, se deba tener conocimiento de las decisiones de los árbitros, máxime si vinculan a las partes del presente procedimiento.
- Además, para la resolución de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, resulta pertinente cualquier norma o decisión que acredite o corrobore que el OSIPTEL tiene competencia exclusiva para la solución de controversias sobre una materia regulada.
- En ese sentido, el laudo arbitral resulta relevante y pertinente como un elemento adicional para la evaluación de los argumentos de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, debido a que: (i) El Tribunal Arbitral ha reconocido la competencia exclusiva del OSIPTEL para conocer cualquier controversia en materia de acceso y uso compartido de infraestructura, y (ii) Acredita la no existencia de un arbitraje en trámite entre AZTECA y ENEL, en tanto el proceso arbitral advertido en el presente procedimiento ya concluyó.
- AZTECA no ha solicitado que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc se someta a lo decidido por el Tribunal Arbitral, en el marco del proceso arbitral que inició ENEL.

III.2. Evaluación de la tacha interpuesta por ENEL

32. En principio, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima conveniente advertir, de forma preliminar, que el Reglamento de Solución de Controversias no contempla una tramitación específica para las cuestiones probatorias (v.g. tachas) que pudieran ser presentadas en el marco de un procedimiento de solución de controversias.

33. Al respecto, la propia exposición de motivos del Reglamento de Solución de Controversias justificó que no resultaba necesaria una regulación especial para el trámite de las cuestiones probatorias, en tanto constituirían articulaciones que dilatarían el procedimiento. Así, a criterio del órgano administrativo que expidió el citado reglamento, las partes –en todo caso– podrían formular los argumentos de sus cuestionamientos en sus escritos respectivos⁵.
34. En este punto resulta menester invocar la flexibilidad que caracteriza a los procedimientos administrativos. Así, en el ámbito de un procedimiento administrativo rige el principio de informalismo⁶, el cual se encuentra orientado a evitar cuestiones meramente procesales, por medio de la relativización de las exigencias adjetivas⁷.
35. Además, en el contexto del procedimiento administrativo también es de aplicación el principio de celeridad⁸, por el cual se busca dotar al procedimiento administrativo de la máxima dinámica posible, a fin de que se alcance con prontitud la decisión final del procedimiento administrativo, lo cual inducirá al órgano administrativo encargado del procedimiento a que, ante la presencia de

⁵ Al respecto, confróntese con la Exposición de Motivos del Reglamento de Solución de Controversias:

“(…).

II.1.11 SIMPLIFICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“(…).

En la línea de simplificación del procedimiento, se propone reformar tanto el procedimiento que involucra la comisión de una infracción así como el que no la involucra, de acuerdo a lo siguiente:

(i) Eliminación de articulaciones que dilatan el procedimiento y que son propias de los procesos civiles antes que de los procedimientos administrativos, a saber: reconvencciones, tachas, terceros, saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos, entre otros.

“(…).

Los argumentos que sustenten cuestionamientos a medios probatorios pueden ser formulados dentro de los descargos o en escritos respectivos. Por tanto, no resulta necesario el establecer un trámite especial para formularlos.

“(…)”. (Subrayado agregado).

La Exposición de Motivos del Reglamento de Solución de Controversias se encuentra disponible en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Consulta realizada el 29 de mayo de 2019. Dirección URL: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

⁶ **TUO de la LPAG**

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

“(…)”.
1.6. Principio de informalismo.-

Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público. (…)”.

⁷ MABEL IVANEGA, Miriam. *El principio del informalismo en el procedimiento administrativo*. Derecho PUCP. (67). 2011. Dirección URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3006>

⁸ **TUO de la LPAG**

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

“(…)”.
1.9. Principio de celeridad.-

Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento. (…)”.

varias alternativas procedentes, opte por la que importe mayor celeridad y sencillez⁹.

36. En ese sentido, en el marco de lo dispuesto por la Primera Disposición Final¹⁰ del Reglamento de Solución de Controversias, en concordancia con el artículo VIII del Título Preliminar¹¹ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) y la Primera Disposición Complementaria Final¹² del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, Código Procesal Civil), este Cuerpo Colegiado Ad Hoc acudirá a las disposiciones del Código Procesal Civil, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y la finalidad del presente procedimiento administrativo trilateral, tomando en consideración además que la tacha se ha formulado contra un medio probatorio ofrecido respecto de una excepción.
37. De esta manera, el artículo 300¹³ del Código Procesal Civil prevé a la tacha como la herramienta idónea para destruir la eficacia probatoria de cierto tipo de medios probatorios típicos (testigos y **documentos**) y, de ser el caso, de los medios probatorios atípicos.
38. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 242¹⁴ y 243¹⁵ del Código Procesal Civil, la interposición de una tacha contra un medio probatorio documental tiene como objeto la exclusión de su eficacia probatoria en el proceso,

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo I. 12a Ed. Gaceta Jurídica, Lima. Págs. 106 - 107.

¹⁰ **Reglamento de Solución de Controversias**
“DISPOSICIONES FINALES
PRIMERA.- Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil”.

¹¹ **TUO de la LPAG**
“Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes
1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con naturaleza y finalidad. (...).”

¹² **Código Procesal Civil**
“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
DISPOSICIONES FINALES
PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

¹³ **Código Procesal Civil**
“Artículo 300.- Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial. También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos”. (Subrayado agregado).

¹⁴ **Código Procesal Civil**
“Artículo 242.- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil”. (Subrayado agregado).

¹⁵ **Código Procesal Civil**
“Artículo 243.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada”. (Subrayado agregado).

denunciándose que el documento presenta –alternativamente– alguna de las siguientes características: (i) falsedad¹⁶, o (ii) la manifiesta ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad¹⁷.

39. Así, con relación a la tacha planteada en el presente procedimiento, se advierte que ENEL sustentó su cuestionamiento al laudo arbitral presentado por AZTECA, alegando que es: (i) impertinente para dilucidar la controversia relacionada con la excepción de convenio arbitral, pues corresponde a una controversia distinta con relación al presente procedimiento trilateral, siendo que las pretensiones y materias de ambos fueros son distintas; y (ii) irrelevante en cuanto no constituye una decisión firme ni cuenta con la calidad de cosa juzgada.
40. De lo anteriormente expuesto, se aprecia que ENEL tachó el laudo arbitral ofrecido por AZTECA, alegando su impertinencia e irrelevancia para la sustanciación de la excepción de convenio arbitral, lo que no corresponde ser discutido a través de una tacha, sino que corresponde a una actuación a cargo del juzgador al evaluar los hechos que sustentan la pretensión, conforme lo prevé el artículo 190° del Código Procesal Civil.
41. Al respecto, específicamente en el procedimiento administrativo el artículo 174°¹⁸ del TUO de la LPAG prevé la facultad de rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por los administrados siempre y cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.
42. Por tanto, sin perjuicio de que no corresponda la evaluación de la pertinencia del laudo arbitral vía tacha, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc procederá a evaluar su pertinencia para sustentar los hechos referidos a la pretensión de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL.

¹⁶ Al respecto, Marianella Ledesma señala que el artículo 242° del Código Procesal Civil “*hace referencia a la falsedad material, esto es, al documento y no al contenido de este; pues en dicho caso le corresponde su cuestionamiento a través de la pretensión autónoma [pretensión principal en un proceso cuyo objeto sea declarar nulo el acto o negocio jurídico]*”. (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. 5ª Edición. 2015. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Pág. 668).

¹⁷ Asimismo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia reconoció que, en la evaluación de la tacha contra un documento, debe verificarse los supuestos previstos en los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil, esto es, falsedad o ausencia de formalidad esencial.

Textualmente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia mencionó lo siguiente, en el fundamento 7 de la Casación N° 3929-2012-Lima:

“Que, por último, en cuanto a la infracción al artículo 300 del Código Procesal Civil ‘Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial’, se debe señalar que la presente denuncia no puede ser dilucidada en sede casatoria por cuanto versa sobre el pronunciamiento de asunto accesorio y no sobre el fondo de la controversia, no obstante este Supremo Tribunal no verifica de los documentos tachados (...), que incurran en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil, esto es, falsedad o ausencia de formalidad, siendo ello así, la presente causal deviene en infundada.”.

¹⁸ **TUO de la LPAG**

“Artículo 174.- Actuación probatoria

174.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (...).”.

43. En ese contexto, resulta oportuno recordar que en el trámite del presente procedimiento, AZTECA y ENEL aludieron al inicio de un proceso arbitral con anterioridad al presente procedimiento, por lo cual mediante Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTTEL, se solicitó a ambas partes la remisión de información para la identificación de las materias sobre las que versaba el referido proceso arbitral.
44. En el presente caso, obran en el expediente administrativo el escrito N° 6, presentado con fecha 17 de diciembre de 2018, por el cual AZTECA transcribe el petitorio de la modificación de la demanda arbitral interpuesta por ENEL¹⁹; el escrito presentado con fecha 17 de diciembre de 2018, por el cual ENEL remitió información sobre el proceso arbitral (copia del escrito de la demanda arbitral presentada contra AZTECA y copia del escrito de la modificación de la referida demanda); así como el escrito N° 12 remitido con fecha 22 de febrero de 2019, por el cual AZTECA ofreció la copia de su escrito por el cual dedujo una excepción de incompetencia frente a la demanda arbitral de ENEL.
45. En consecuencia, de la información remitida por ambas partes, se aprecia la tramitación de un proceso arbitral que versa sobre la exigibilidad de una indemnización o, en su defecto, de una compensación, derivadas del presunto incumplimiento del Contrato de Compartición celebrado en el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, en el cual ENEL cuestiona la solicitud de emisión de un mandato de compartición por parte de AZTECA, pese a haber pactado que la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL estaría vigente por un período mínimo de tres (3) años.
46. Por su parte, en el presente procedimiento, la segunda pretensión principal está relacionada con declarar inexigible el extremo del primer párrafo de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición en lo referido al plazo de vigencia mínimo de tres (3) años de la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del citado Contrato de Compartición.

¹⁹ Se tiene:

- (i) "Pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral declare que AZTECA incumplió la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.
- (ii) Pretensión accesoría a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/.1'505,166.30 (Un Millón Quinientos Cinco Mil Ciento Sesenta y Seis y 30/100 soles), incluido el Impuesto General a las Ventas, a título **indemnización** por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato

En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la **indemnización** por el incumplimiento de la obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del Mandato.

- (iii) Pretensión subordinada a la pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que AZTECA pague a ENEL la suma de S/ 1'505,166.30 (Un Millón Quinientos Cinco Mil Ciento Sesenta y Seis y 30/100 Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas, a título de **compensación** en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato.

En caso que por alguna razón se desestime el monto de esta pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral establezca el monto de la **compensación** en ejecución del pacto de cobertura previsto en el Numeral (1) de la Cláusula Cuarta del Contrato".

47. En ese sentido, de la revisión de los escritos presentados por AZTECA y ENEL, y de lo sostenido por ambas partes en la Audiencia de Informe Oral, se aprecia que las partes no han discrepado respecto de la existencia de un previo proceso arbitral en el cual se viene discutiendo temas relacionados con el plazo de vigencia mínimo de tres (3) años de la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL, lo cual también es materia contenida en la segunda pretensión principal de la presente reclamación.
48. Así, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte lo siguiente: (i) la reclamada ENEL dedujo una excepción de convenio arbitral, por la cual sostuvo que las materias del presente procedimiento debían ser sometidas a un Tribunal Arbitral; (ii) según los actuados obrantes del presente procedimiento, la materia de la segunda pretensión principal fue sometida previamente al fuero jurisdiccional arbitral; y, (iii) El laudo arbitral ofrecido por AZTECA habría sido emitido en el marco del proceso arbitral previamente referido. En ese sentido, en virtud de los referidos argumentos, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que el laudo arbitral ofrecido por AZTECA resulta pertinente de ser actuado en el procedimiento a efectos de la resolución de la excepción de convenio arbitral deducida en el presente procedimiento por ENEL.
49. En consecuencia, sobre la base de los fundamentos expuestos con anterioridad, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc declarar improcedente la tacha interpuesta por ENEL contra el laudo arbitral ofrecido por AZTECA mediante su escrito N° 13, de fecha 3 de abril de 2019, disponiéndose su actuación para la resolución de la excepción de convenio arbitral que fue deducida por ENEL.

IV. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL DEDUCIDA POR ENEL

IV.1. Posición de las partes

IV.1.1. Posición de ENEL

50. Como se indicó previamente, mediante los escritos presentados en el transcurso del presente procedimiento, así como lo dicho en el Informe Oral, ENEL sustentó su excepción de convenio arbitral, principalmente, sobre la base de los siguientes argumentos:
- AZTECA y ENEL celebraron un convenio arbitral contenido en la cláusula décima sexta del Contrato de Compartición, a fin de someter cualquier duda, diferencia o controversia respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución del referido contrato a un arbitraje de derecho, sin ninguna excepción; por lo que de conformidad con el artículo 45° del Reglamento de Solución de Controversias, en concordancia con el artículo 446° del Código Procesal Civil, la reclamación debe ser declarada improcedente.
 - La presente controversia no es de naturaleza regulatoria sino contractual, pues de acuerdo con lo establecido por los artículos 49° y 53° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), y del artículo 2° del Reglamento de Solución de Controversias, la competencia material de los

Cuerpos Colegiados se encuentra reservada a controversias cuyo tenor sea de derecho administrativo, lo cual en su relación de compartición sería sólo la vinculada con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, y no respecto de la contraprestación periódica ni la devolución, lo cual sería de competencia del Tribunal Arbitral.

- La Ley de Banda Ancha y su Reglamento reconoce por ser más eficiente, en primer lugar a la libertad contractual a fin de que las partes regulen su relación de compartición, mientras que la actuación del organismo regulador (OSIPTEL) será subsidiaria para asegurar el acceso a la infraestructura mediante la emisión de mandatos de compartición, y no mediante la fijación de precios de la contraprestación.
- La existencia de una metodología que establece un tope a la negociación de la contraprestación no determina la publicación de la relación jurídica entre AZTECA y ENEL, en tanto las partes se encuentran facultadas para acordar el precio de la contraprestación por debajo del referido tope.
- El riesgo de que el precio pactado se constituya en barrera económica fue prevista por ambas partes, pues precisamente por ello se pactó que el precio sólo podría ser variado cada tres años, a fin de mantener estable el contrato de compartición y renegociarlo según las nuevas circunstancias.
- La discusión de determinadas cláusulas por vulnerar normas imperativas no implica que se trate de una “materia no arbitrable” pues, de ser así, no se podría cuestionar la validez de un contrato en un arbitraje.

IV.1.2. Posición de AZTECA

51. Por su parte, mediante los escritos presentados a lo largo del presente procedimiento, así como lo desarrollado en el Informe Oral, AZTECA absolvió la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, solicitando sea desestimada, principalmente sobre la base de los siguientes argumentos:

- La contraprestación por uso compartido de infraestructura de banda ancha siempre se ha encontrado limitada por un tope máximo, establecido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en atención a la aplicación de la metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, con la finalidad de garantizar la eficiencia en la operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
- La exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, así como su sometimiento a un plazo de vigencia, constituirían barreras económicas que, en la práctica, impedirían el acceso y continuidad en el uso de la infraestructura, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la operación de la red dorsal. En ese sentido, el OSIPTEL como organismo regulador no sólo debe resguardar el acceso a la infraestructura sino también su uso en condiciones de eficiencia.

- La naturaleza de la controversia es regulatoria, pues atañe a una materia destinada a la protección de un interés público, al versar sobre normas imperativas vinculadas con la contraprestación por uso compartido de infraestructura para la operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En tal sentido, la discrepancia no es de naturaleza contractual pues dicha contraprestación no es un aspecto de libre disposición de las partes.
- El Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en ejercicio de su función de solución de controversias, cuenta con competencia exclusiva para resolver las discrepancias que versen sobre el acceso y uso compartido de infraestructura.
- La cláusula décima sexta del Contrato de Compartición que reconoce un pacto para acudir a un Tribunal Arbitral, no es aplicable en el presente caso, pues no se trata de una materia sobre la cual las partes tengan libre disponibilidad, atendiendo a que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se encuentra limitada a un máximo legal previsto en la metodología establecido en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- La vía arbitral sólo sería alternativa y excluyente a la vía administrativa cuando la discrepancia verse sobre materias arbitrables, pues en materias no arbitrables el Cuerpo Colegiado Ad Hoc es el órgano competente.
- Ante la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, corresponde verificar si las pretensiones de la reclamación constituyen una materia regulada que, de forma exclusiva, le correspondería al Cuerpo Colegiado Ad Hoc en atención a sus facultades legales, o si es una materia de libre disposición que permitiría que la controversia sea conocida por un Tribunal Arbitral.

IV.2. Consideraciones sobre las excepciones en el procedimiento de solución de controversias

52. Según Monroy Gálvez, las excepciones procesales son consideradas como un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción²⁰.
53. Así, el artículo 446^{o21} del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento, enumera una lista de excepciones que pueden ser

²⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Studium, Lima, 1987. Pág. 102-103.

²¹ **Código Procesal Civil**
“Artículo 446.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:
 1. Incompetencia;
 2. Incapacidad del demandante o de su representante;
 3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
 5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
 6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
 7. Litispendencia;
 8. Cosa Juzgada;
 9. Desistimiento de la pretensión;
 10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;

deducidas por el demandado en el proceso, entre ellos, la excepción de convenio arbitral.

54. Asimismo, el inciso 5 del artículo 451^{o22} del referido Código, establece que en caso se declare fundada la excepción de convenio arbitral, producirá como efecto anular lo actuado y dar por concluido el proceso.
55. Por su parte, el artículo 48^{o23} del Reglamento de Solución de Controversias establece que el reclamado podrá proponer excepciones conjunta y únicamente junto con la contestación de la reclamación, las cuales serán resueltas en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, al inicio del procedimiento.
56. Considerando que en el presente caso la excepción formulada por ENEL es una de convenio arbitral, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera imprescindible resolver la referida excepción, de manera previa a la continuación de las siguientes etapas del procedimiento administrativo.

IV.3. Evaluación de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL

57. La doctrina reconoce al convenio arbitral como el contrato por medio del cual *“las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas...”*²⁴.
58. Sobre el particular, el artículo 13^o del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje) define al convenio arbitral de la siguiente manera:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir

11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y,
13. Convenio arbitral”.

²² **Código Procesal Civil**

“Artículo 451.- Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el Artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

(...).

5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral”.

²³ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 48.- Réplicas y Excepciones.

(...).

Las excepciones se proponen conjunta y únicamente junto con la contestación de la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, podrán resolverse al inicio del procedimiento”.

²⁴ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CHIPANA CATALÁN, Jhoel; CASTRO ZAPATA, Laura. *La Ley de Arbitraje. Análisis y Comentarios a diez años de su vigencia*. 2018. Perú: Gaceta Jurídica. Pág. 194.

entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. (...)”.

59. En concordancia con el inciso 1 del artículo 2º²⁵ de la Ley de Arbitraje, los convenios arbitrales sólo deberán contemplar como controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje a aquellas que versen sobre **materias de libre disposición conforme a derecho**, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
60. Al respecto, Rafael Verdura, en comentario para el sistema jurídico español²⁶, al desarrollar la disposición que acoge el mismo sentido del inciso 1 del artículo 2º de nuestra Ley de Arbitraje, considera que dicha regulación reconoce una presunción positiva de disponibilidad arbitral, lo cual supone –en principio– que cualquier materia es susceptible de ser sometida a arbitraje, salvo que se acredite que se trata de una materia sobre la que las partes carecen de libre disposición²⁷.
61. En ese orden de ideas, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

“10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

*11. (...) La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución²⁸.
(...).*

*Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.
(...).*

²⁵ **Ley de Arbitraje**

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. (...)”.

²⁶ **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.**

“Artículo 2. Materias objeto de arbitraje

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. (...)”.
(Revisado el 29 de mayo de 2019, del Boletín Oficial del Estado. Dirección URL: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23646>).

²⁷ VERDURA SERVER, Rafael. *El Convenio Arbitral*. 2009. España, Thomson Reuters. Págs. 98 – 99.

²⁸ Cabe indicar que el literal a) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución consagra el derecho de toda persona a la libertad, por lo que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; mientras que el artículo 139º del mismo cuerpo normativo consagra los principios y derechos de la función jurisdiccional, entre ellos, la prohibición de la autoridad de avocarse a causas pendientes ante un órgano jurisdiccional o de interferir en el ejercicio de sus funciones.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...)”²⁹. (Énfasis agregado).

62. Sobre la base de lo expuesto, el inciso 13 del artículo 446° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento, faculta al demandado a presentar la excepción de convenio arbitral, como medio de defensa de forma para cuestionar la validez de la relación jurídica procesal. El artículo 16° de la Ley de Arbitraje desarrolla la referida excepción en los siguientes términos:

“Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo. (...)”.

63. Por su parte, el convenio arbitral contenido en la “Cláusula Decimosexta.- Resolución de Conflictos y Arbitraje” del Contrato de Compartición, suscrito entre AZTECA y ENEL contempla lo siguiente:

Cláusula Decimosexta.-

Resolución de Conflictos y Arbitraje

- (1) Cualquier duda, diferencia o controversia que pudiera surgir entre las Partes respecto de la validez, eficacia, interpretación y/o ejecución de este Contrato será resuelta mediante consultas mutuas entre las Partes y de acuerdo con las reglas de la buena fe dentro de un plazo que no deberá exceder de los [*] Días Hábiles.
- (2) Si a criterio de una de las Partes la duda, diferencia o controversia a la que se refiere el numeral precedente no puede resolverse mediante el mecanismo y en el plazo previsto en dicho numeral, entonces dicha duda, diferencia o controversia será resuelta mediante arbitraje de derecho a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros que necesariamente deberán ser abogados colegiados. Dicho arbitraje será realizado conforme con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.
- (3) Cada una de las Partes nombrará un árbitro. Los dos árbitros nombrados por las Partes nombrarán a su vez al tercer árbitro, quien ejercerá la presidencia del Tribunal Arbitral. En caso de que los árbitros escogidos por las Partes no pudieran llegar a acuerdo respecto a la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles contado desde que una Parte notifique a la otra su intención de acogerse a esta cláusula arbitral, este árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima.
- (4) El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, en idioma español y la duración del mismo no podrá exceder los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la fecha de instalación del Tribunal Arbitral hasta la expedición del laudo respectivo.
- (5) El laudo del Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. Los gastos del proceso serán asumidos por la(s) parte(s) que no se vea(n) favorecida(s) con la decisión del Tribunal Arbitral.

En caso de que alguna de las partes decidiera interponer recurso de anulación contra el laudo arbitral ante el Poder Judicial, deberá constituir previamente a favor de la parte contraria una Carta Fianza otorgada por un banco de primer orden con sede en Lima, equivalente al sesenta por ciento (60%) del monto del servicio contratado, la cual será ejecutable en caso que dicho recurso, en fallo definitivo, no fuera declarado fundado. Dicha Carta Fianza deberá estar vigente durante el tiempo que dure el proceso promovido.

²⁹

Sentencia, de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Dirección URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

64. Sobre el particular, se advierte que AZTECA y ENEL acordaron que sus controversias serían sometidas a conocimiento de un Tribunal Arbitral y, en el marco de dicho acuerdo, ENEL inició un proceso arbitral y ha solicitado a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc que declare fundada su excepción de convenio arbitral.
65. Debe tenerse en cuenta que el inciso 3) del artículo 3° y el artículo 41° de la Ley de Arbitraje reconocen el principio “*Kompetenz - Kompetenz*”, el cual faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, cuando ésta ha sido cuestionada, esto es, que habiéndose iniciado un arbitraje se pretenda desplazar la controversia hacia un fuero distinto.
66. Asimismo, el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política señala que, con relación a la independencia de la función jurisdiccional, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.
67. En este sentido, el TC en reiterada jurisprudencia³⁰, ha desarrollado el principio constitucional de prohibición de avocamiento a causas pendientes de resolver ante un órgano jurisdiccional. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 04952-2011-PA/TC señala lo siguiente:

*“(…) 5. El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, consiste en el **desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial**, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre **asuntos** que, además de ser de su competencia, se encuentran **pendientes de ser resueltos ante aquel**. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial. (...)”.* (Énfasis agregado).

68. Es pertinente mencionar que el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución Política reconoce la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, por lo que los elementos del avocamiento son aplicables también a este último fuero.
69. Así, en el fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, cuyo criterio de interpretación es vinculante para todos los operadores jurídicos, reconoció la aplicación de la prohibición de avocamiento a causa pendiente respecto del fuero arbitral, conforme a lo siguiente:

*“(…) 12. El **reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución**, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que **ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales**, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, **se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de***

³⁰ Así fue expuesto por el TC en las siguientes sentencias: Sentencia de fecha 12 de agosto del 2002, expedida en el Expediente N° 1091-HC/TC; Sentencia de fecha 24 de agosto de 2005, expedida en el Expediente N° 2521-2005-PHC/TC; Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, expedida en el Expediente N° 5213-2007-PHC/TC; y Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, expedida en el Expediente N° 5829-2007-PHC/TC.

terceros-incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes". (Énfasis agregado).

70. Consecuentemente, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera importante verificar si se encuentra impedido de continuar con el trámite de la controversia sometida a su conocimiento por encontrarse discutiendo entre las partes en un proceso jurisdiccional arbitral respecto del cual la ley otorga al árbitro la facultad para decidir sobre su propia competencia (principio *Kompetenz Kompetenz*).
71. Al respecto, mediante escrito N° 13, del 3 de abril de 2019, AZTECA informó que, en el proceso arbitral iniciado contra AZTECA, el Tribunal Arbitral había emitido un laudo que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero y, en consecuencia, se habría declarado incompetente para conocer la materia controvertida, para lo cual adjuntó copia del referido laudo arbitral.
72. En efecto, de la revisión del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral en el proceso seguido por ENEL contra AZTECA, se advierte que el referido Tribunal Arbitral declaró fundada la excepción de incompetencia propuesta por AZTECA, respecto de las pretensiones objeto del petitorio de la demanda arbitral; y en consecuencia, se declaró incompetente para conocer y pronunciarse de las pretensiones planteadas por ENEL.
73. Asimismo, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Arbitral, la materia en discusión en el proceso arbitral no puede ser sometida a arbitraje, dado que las pretensiones de la demanda arbitral de ENEL están relacionadas o vinculadas a materias de competencia exclusiva y excluyente del OSIPTEL³¹.
74. Sobre la base de lo expuesto, dado que el propio Tribunal Arbitral se ha declarado incompetente para conocer las materias que le fueron sometidas por ENEL, su tramitación en sede administrativa no contravendría el artículo 139° de la Constitución Política.
75. Cabe señalar que si bien ENEL refiere que el laudo no tiene la calidad de firme, pues ha presentado un recurso de anulación contra él ante el Poder Judicial, el inciso 1) del artículo 59° de la Ley de Arbitraje señala que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes; y el inciso 1³² del artículo 66° de la Ley de Arbitraje indica que la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial.
76. En tal sentido, considerando que el artículo 41°, inciso 5³³, de la Ley de Arbitraje, dispone que si el Tribunal Arbitral ampara una excepción como cuestión previa,

³¹ Véase los fundamentos del 159 al 166 del laudo arbitral emitido en el caso arbitral N° 0423-2017-CCL.

³² **Ley de Arbitraje**

"Artículo 66.- Garantía de cumplimiento.

La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión."

³³ **Ley de Arbitraje**

"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales, dado que en el proceso arbitral seguido por ENEL contra AZTECA, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para conocer la controversia y pronunciarse sobre las pretensiones planteadas por ENEL. Consecuentemente, no existe a la fecha una controversia en trámite en sede jurisdiccional arbitral que impida que este Cuerpo Colegiado Ad Hoc se avoque al conocimiento de las causas planteadas en sede administrativa.

77. Por tanto, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc determinar si las materias reclamadas por AZTECA en el presente procedimiento son materia de su competencia, a fin de continuar con la tramitación correspondiente.
78. Al respecto, la primera pretensión del presente procedimiento versa sobre las discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, específicamente, con relación al cálculo de la contraprestación periódica para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, debido a una presunta incorrecta aplicación del valor del denominador "Na", contenido en la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
79. La segunda pretensión principal del presente procedimiento tiene como objeto las discrepancias en cuanto a la exigibilidad de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, específicamente, en el extremo por el cual se determinó que la contraprestación periódica para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL estaría sujeta a un plazo de vigencia mínimo de tres (3) años desde la suscripción del referido Contrato.
80. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha) establece en su artículo 13^{o34} que la compartición de infraestructura será objeto de una retribución económica consistente en: (i) una contraprestación inicial, la cual considera la recuperación de la inversión en las que incurra el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos para prestar la compartición, y ii) contraprestaciones periódicas, las cuales remuneran la operación y mantenimiento de la infraestructura, incluyendo un margen de utilidad razonable. Además, se contempla que la metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el Reglamento.

-
1. **El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral** o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)" (Énfasis agregados).

34

Ley de Banda Ancha

"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos (...).

13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones: (...).

b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley. (...)"

81. Así, de acuerdo con el inciso 30.4 del artículo 30^{o35} del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la metodología para la determinación de las contraprestaciones antes mencionadas es la que se desarrolla en el Anexo 1 de la misma norma, disponiéndose que el resultado de dicha metodología servirá como **un precio máximo**.
82. Consecuentemente, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, se reconoce **la naturaleza regulatoria de las contraprestaciones generadas por la relación de compartición bajo el alcance de la Ley de Banda Ancha**, dado que dicha relación involucra un interés público, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3^{o36} de la citada ley, que declara de necesidad pública e interés nacional, el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha.
83. Ahora, si bien el mencionado inciso 30.4 del artículo 30^o del Reglamento de la Ley de Banda Ancha prevé la posibilidad de que el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y el operador de telecomunicaciones acuerden un precio menor al determinado como máximo por la aplicación de la metodología; este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que ello no afecta a su naturaleza regulatoria pues, precisamente, en atención al interés público que ostenta la relación de compartición para la provisión del servicio de banda ancha y al amparo del principio de no discriminación, se obliga al titular de la infraestructura a ofrecer el mismo precio a todos los demás operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.
84. De este modo, contrariamente a lo alegado por ENEL, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que las controversias respecto de la interpretación y ejecución de los contratos y mandatos de compartición, en específico, las motivadas por las contraprestaciones generadas por la relación de compartición, en el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, forman parte del ámbito de competencias asignadas a este órgano colegiado, de conformidad con el inciso f del artículo 53^{o37} del Reglamento General del OSIPTEL y en concordancia con lo dispuesto

³⁵ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**
"Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos
(...).

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas".

³⁶ **Ley de Banda Ancha**
"Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional
Decláranse de necesidad pública e interés nacional:
(...).

(ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil".

³⁷ **Reglamento General del OSIPTEL**
"Artículo 53.- Controversias entre Empresas

por el inciso f) del artículo 2°³⁸ y el artículo 7°³⁹ del Reglamento de Solución de Controversias.

85. Además, es oportuno indicar que en virtud de la relevancia del interés público que reviste a la relación de acceso y uso de infraestructura eléctrica para la provisión del servicio de banda ancha, el artículo 32°⁴⁰ de la Ley de Banda Ancha reconoce al OSIPTEL como el encargado de velar por el cumplimiento del artículo 13° de la mencionada norma, el cual hace referencia a la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica e, inclusive, el artículo 25°⁴¹ del Reglamento de la Ley de Banda Ancha faculta al OSIPTEL a emitir mandatos, en ejercicio de su función normativa, en caso de la falta de acuerdo entre las empresas concesionarias de energía eléctrica e hidrocarburos con las empresas operadoras de telecomunicaciones.
86. Sobre la base de lo expuesto, se advierte que las pretensiones principales formuladas en el presente procedimiento administrativo versan sobre aspectos regulados al involucrar un interés público.
87. En consecuencia, contrariamente a lo alegado por ENEL, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que las controversias relacionadas con las discrepancias sobre

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:
(...).

f) *Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”.*

³⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. *El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:*

(...)

f. *El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*

(...)”.

³⁹ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 7°.- Primera instancia.

7.1 *Los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL son los órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia administrativa las controversias a las que se refiere el artículo 2° del presente Reglamento.*

7.2 *El OSIPTEL contará con Cuerpos Colegiados Ad Hoc, que tendrán a su cargo las controversias relacionadas a las materias descritas en el artículo 2° del presente Reglamento, a excepción de aquellas referidas a los incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia previstas en el literal a) del referido artículo.*

(...)”.

⁴⁰ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

“Artículo 32. Supervisión

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30”.

⁴¹ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

“Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

25.1 *Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.*

25.2 *Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.*

25.3 *En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición”.*

la interpretación y ejecución de los contratos y mandatos de compartición, en específico, las relacionadas por las contraprestaciones generadas por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para la provisión de banda ancha, forman parte del ámbito de competencias asignadas a este órgano colegiado, de conformidad con en el inciso f del artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL, el cual señala que *“el OSIPTEL es competente para conocer las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”*, en concordancia con lo dispuesto por el inciso f) del artículo 2° y el artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias.

88. Por las consideraciones expuestas en los numerales precedentes, corresponde declarar infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL.

V. SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO SOLICITADA POR ENEL

V.1. Posición de las partes

V.1.1. Posición de ENEL

89. Como se indicó previamente, mediante los escritos presentados con fechas 4 de octubre y 28 de noviembre de 2018, ENEL sustentó su solicitud de suspensión del presente procedimiento, adjuntando un informe sobre la naturaleza y efectos de los mandatos de compartición, sobre la base de los siguientes argumentos:

- AZTECA fundamentó la presunta precisión de la fórmula para el cálculo de la contraprestación, tanto en el Informe de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 como en el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo del OSIPTEL.
- Mediante un proceso contencioso – administrativo tramitado ante el Poder Judicial, se ha solicitado la nulidad del referido mandato de compartición.
- En atención a que la legalidad del mandato de compartición es esencial para evaluar el sustento de las pretensiones formuladas por AZTECA, de conformidad con el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el presente procedimiento debe suspenderse, en tanto es necesario el pronunciamiento previo del fuero jurisdiccional.
- En caso el Cuerpo Colegiado Ad Hoc decida no suspender el procedimiento, se incurrirá en causal de nulidad conforme al artículo 10° del TUO de la LPAG.

V.1.2. Posición de AZTECA

90. Por su parte, mediante escrito N° 3, presentado con fecha 25 de octubre de 2018, AZTECA absolvió el pedido de suspensión del procedimiento, solicitando que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc continúe con la tramitación de la controversia, sustentándose principalmente en los siguientes argumentos:

- El Cuerpo Colegiado Ad Hoc en ejercicio de su función de solución de controversias puede emitir un pronunciamiento sobre sus pretensiones

evaluando la exigibilidad de la contraprestación y del plazo de vigencia, en atención a la normativa imperativa sobre el uso compartido de infraestructura, vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.

- El pronunciamiento del Poder Judicial sobre la validez del mandato no constituye una decisión que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc requiera conocer para resolver la presente controversia, en tanto el Poder Judicial evaluará las competencias del Consejo Directivo del OSIPTEL para modificar los contratos de participación por medio de un mandato, mientras que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc deberá resolver si es que la contraprestación y su sometimiento a un plazo de vigencia desde el inicio de la relación de participación hasta el momento previo a la emisión del Mandato, son inexigibles por contravenir al marco normativo y, por ende, corresponde la devolución de lo pagado en exceso.

V.2. Evaluación de la suspensión del procedimiento solicitada por ENEL

91. En principio, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera oportuno referirse a lo dispuesto por el artículo 75° del TUO de la LPAG, el cual desarrolla los presupuestos con los cuales, excepcionalmente, podría configurarse la suspensión de un procedimiento administrativo ante un conflicto con la función jurisdiccional. En efecto, dicho artículo prevé lo siguiente:

“Artículo 75.- Conflicto con la función jurisdiccional

75.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

75.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso”. (Subrayado agregado).

92. Sobre la base de lo expuesto, a fin de que proceda legalmente la inhibición contenida en el TUO de la LPAG, se requiere el cumplimiento concomitante de los siguientes presupuestos:
- (i) Que durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa advierta que se esté tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa⁴².

⁴² Al respecto, MORÓN URBINA indica que este presupuesto implica la tramitación simultánea de procesos en ambas vías que mantengan vinculación, y, por tanto, deba prevalecer la instancia jurisdiccional a la administrativa (MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo I. 12ª Ed. 2017. Perú, Gaceta Jurídica. Pág. 510).

- (ii) Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de Derecho Privado que requieran ser esclarecidas antes del pronunciamiento administrativo⁴³.
- (iii) Que exista una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos⁴⁴.
93. Asimismo, el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, TUO de la LOPJ) señala que:
- “Artículo 13.- Cuando en un procedimiento surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (...)”.*
94. En el presente caso, obran en el expediente administrativo los anexos 1 – B y 1 – C del escrito presentado por ENEL, con fecha 4 de octubre de 2018, referidos a la demanda contencioso – administrativa interpuesta por ENEL con fecha 22 de agosto de 2018, y la Resolución N° Uno, de fecha 24 de agosto de 2018, recaída en el Expediente N° 09124-2018-0-1801-JR-CA-26, respectivamente.
95. Así, de la información expuesta por AZTECA y ENEL, se aprecia la tramitación de un proceso judicial que versa sobre la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018, mediante la cual se aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL, y la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 128-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 16 de mayo de 2018, por el cual se declaró infundado su recurso de reconsideración contra la precitada Resolución de Consejo Directivo.
96. Al respecto, se advierte que en el referido proceso judicial, ENEL cuestiona la carencia de competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir mandatos de compartición cuando existía previamente un contrato de compartición, mediante el cual se brindó a AZTECA el acceso a la infraestructura de ENEL.
97. En el presente procedimiento, como se expuso previamente, la primera pretensión principal está referida a que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA excede la máxima retribución, en tanto se habría aplicado erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, al haberse atribuido a la variable “Na” un valor igual a uno (1) cuando debió ser igual a tres (3), siendo que la pretensión accesoria a la referida primera pretensión principal, consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso

⁴³ Ello implicaría que el conflicto, regulado por normas de derecho privado, requiera la necesidad objetiva de obtener el pronunciamiento jurisdiccional previo para poder resolver el asunto planteado ante la Administración. (MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo I. 12ª Ed. 2017. Perú, Gaceta Jurídica. Págs. 510 - 511).

⁴⁴ Sobre el particular, MORÓN URBINA indica que este presupuesto exige que debe existir identidad entre las partes que están en el procedimiento administrativo, identidad entre los hechos que se vienen instruyendo y que los fundamentos de las pretensiones deben también ser los mismos. (MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo I. 12ª Ed. 2017. Perú, Gaceta Jurídica. Pág. 511).

por el uso compartido de infraestructura, mientras que la segunda pretensión principal está relacionada con declarar inexigible el extremo del primer párrafo de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición en lo referido al plazo de vigencia mínimo de tres (3) años de la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del citado Contrato de Compartición

98. Sobre la base de lo expuesto, se advierte que para el amparo o la desestimación de la reclamación formulada por AZTECA contra ENEL en el presente procedimiento administrativo, no se requiere como presupuesto el previo esclarecimiento de la cuestión litigiosa planteada en sede judicial, pues el espacio temporal de la presente controversia comprende desde la fecha de suscripción del contrato de compartición (9 de noviembre de 2015) hasta la fecha de emisión del mandato de compartición (8 de marzo de 2018). De ello se desprende que el análisis sobre el valor del denominador “Na” deberá efectuarse conforme con el marco legal vigente al referido período de controversia.
99. Lo anterior encuentra sustento además en el informe denominado “Informe legal sobre la naturaleza y efectos de los Mandatos de Compartición de Infraestructura emitidos por el OSIPTEL y respecto a la legalidad de la inclusión de cláusula arbitrales en los Contratos de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica”, presentado por la misma ENEL como adjunto a su escrito de fecha 28 de noviembre de 2018, en el cual se señala que el Mandato de Compartición entre ENEL y AZTECA tiene efectos jurídicos a partir del 15 de marzo de 2018 en adelante, y no puede ser aplicado retroactivamente, agregando que la revisión de la legalidad de los pagos ya efectuados pueden realizarse en la vía correspondiente de solución de controversias⁴⁵.
100. Además, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima necesario señalar que en virtud del artículo 3^o⁴⁶ de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de los Organismos Reguladores), los Mandatos de Compartición son expedidos en ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, por lo cual su aplicación en el tiempo –como cualquier otra norma del ordenamiento jurídico– no tiene efectos retroactivos.
101. En consecuencia, al no existir una relación de interdependencia entre los conflictos tramitados en ambos fueros, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que corresponde declarar infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento solicitada por ENEL.

⁴⁵ Párrafo 4.7 del Informe legal sobre la naturaleza y efectos de los Mandatos de Compartición de Infraestructura emitidos por el OSIPTEL y respecto a la legalidad de la inclusión de cláusula arbitrales en los Contratos de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica, elaborado por Guarrigues, del 26 de noviembre de 2018.

⁴⁶ **Ley Marco de los Organismos Reguladores**
“Artículo 3.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...).
c) *Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; (...).*

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar improcedente la tacha interpuesta por Enel Distribución Perú S.A.A., en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar infundada la excepción de convenio arbitral deducida por Enel Distribución Perú S.A.A., en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento planteada por Enel Distribución Perú S.A.A., en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Poner en conocimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., en su calidad de reclamante y Enel Distribución Perú S.A.A., en su calidad de reclamada, la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Laura Montalvo Mundaca, Renzo Rojas Jiménez y Carlos Raúl Jiménez Rodríguez.

Renzo Rojas Jiménez
Miembro

Carlos Raúl Jiménez Rodríguez
Miembro

Laura Montalvo Mundaca
Presidenta

2020 MAR 11 PM 3:55

DJ-445/2020

RECORRIDO

06775-2020

Expediente : 008-2018-CCO-ST/CI
Escrito No. : 19
Sumilla : Alegatos y solicitud de informe oral

SEÑORES MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA"), con Registro Único de Contribuyentes No. 20562692313, con domicilio en Av. 28 de Julio No. 1011, piso 5, Miraflores, Lima, debidamente representada por el señor José Montes de Peralta, identificado con DNI No. 10805099, según poderes inscritos en el Asiento C00005 de la Partida Electrónica No. 13239517 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, atentamente decimos:

Que, mediante Oficio No. 287-STCCO/2018, del 13 de septiembre de 2018, fuimos notificados con la Resolución del Cuerpo Colegiado No. 001-2018-CCO/OSIPTEL del 6 de septiembre de 2018, a través de la que el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL ("Cuerpo Colegiado") admitió a trámite nuestra reclamación presentada el 23 de agosto de 2018 contra Enel Distribución Perú S.A.A. ("ENEL").

Que, mediante Oficio No. 123-STCCO/2020, notificado el 2 de marzo de 2020, recibimos la Resolución del Cuerpo Colegiado No. 031-2020-CCO/OSIPTEL, del 26 febrero de 2020, que dio por concluida la etapa probatoria del presente procedimiento y, en consecuencia, solicitó que, en el plazo de siete (7) días hábiles, AZTECA y ENEL cumplan con presentar sus alegatos y/o soliciten el uso de la palabra.

Que, dentro del plazo conferido, procedemos a presentar nuestros alegatos, **SOLICITANDO al Cuerpo Colegiado que declare FUNDADA en todos sus extremos nuestra reclamación.**

1. ¿QUÉ HA SOLICITADO AZTECA EN SU RECLAMACIÓN?

- 1.1. Hemos solicitado al Cuerpo Colegiado que **garantice el cumplimiento y correcta aplicación del marco legal imperativo en materia de compartición de infraestructura (Ley de Banda Ancha y su Reglamento)**, que el MTC estableció para facilitar el despliegue y operación de la Red Dorsal. En efecto, una de las más importantes disposiciones del referido marco normativo es la existencia de un precio máximo legal que tenía que ser respetado por los titulares de infraestructura eléctrica a AZTECA, como retribución mensual por la compartición de infraestructura.



- 1.2. En tal sentido, el MTC garantizó con la Ley de Banda Ancha y su Reglamento que la contraprestación tuviera un precio máximo de ineludible cumplimiento, el cual se determinaría en base a la aplicación correcta de la Metodología prevista legalmente para dichos fines. El objetivo de este precio máximo legal era claramente que AZTECA y cualquier otro operador de Banda Ancha no tuviera que asumir costos excesivos y desproporcionados por el arrendamiento de infraestructura, haciendo más eficiente la utilización de recursos. Inclusive, el marco normativo ha contemplado que el precio máximo podrá modificarse en el tiempo, puesto que ciertas variables de la Metodología podrán cambiar de valor a través de una Resolución Viceministerial.
- 1.3. Con posterioridad al inicio de la relación de compartición, hemos advertido que la retribución exigida por ENEL superaba largamente el precio máximo¹ determinado en aplicación de la Metodología². Por tanto, ante la reiterada negativa de ENEL para reconocer que ha vulnerado una norma imperativa, hemos acudido al Cuerpo Colegiado para que reconozca nuestro derecho al pago de una contraprestación que respete el máximo permitido legalmente. En atención a ello, en nuestra reclamación, hemos formulado las siguientes pretensiones:
- (i) Primera pretensión principal: que se declare que la contraprestación fijada en la Cláusula Cuarta de Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA. Ello, toda vez que el monto pactado inicialmente fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología, puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador "Na" (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3), como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.
 - (ii) Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: que se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 196,059.98 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato. Ello, toda vez que obtener la devolución o la compensación de todo lo pagado en exceso constituye un derecho de AZTECA, en tanto cualquier cobro como contraprestación por encima del máximo legal constituye una ganancia ilegal para ENEL, pues obedece a una vulneración del marco normativo imperativo.

¹ Ello, incluso considerando que la normativa imperativa prevé la retribución de los costos que genere el apoyo de nuestro cable de fibra óptica más una utilidad razonable para ENEL.

² Esto no es una simple alegación, tiene como fundamento los informes técnicos - económicos que sustentan la Metodología del Reglamento, cuya validez como criterio técnico-interpretativo ha sido confirmada por el Consejo Directivo de OSIPTEL en su Mandato, al emplearlos para esclarecer cómo debe aplicarse correctamente la Metodología y determinar la retribución mensual que corresponde a ENEL, al amparo de la normativa del MTC.

- (iii) Segunda pretensión principal: que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL. Ello, toda vez que constituye un pacto contrario a la normativa imperativa vigente en uso compartido de infraestructura.
- 1.4. Como se observa de nuestras pretensiones, AZTECA acudió al Cuerpo Colegiado³ para que OSIPTEL resuelva una discrepancia sobre la correcta aplicación de la Metodología, que no podría ser solucionada entre las partes, **AL TRATARSE DE UNA MATERIA QUE NO ESTABA EXPRESA EN EL MARCO NORMATIVO VIGENTE NI EN LA PROPIA FÓRMULA**. Así pues, como el denominador "Na" de la Metodología no consignaba un valor expreso en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, ENEL y AZTECA mantienen posturas distintas respecto de cuál sería su valor de acuerdo a la norma aplicable. Asimismo, si bien expresamente la Metodología consigna que el precio máximo es variable en el tiempo, ENEL insiste en que las partes pueden pactar -en contra de la normativa- que la contraprestación no pueda modificarse.
- 1.5. Así pues, la finalidad de nuestra reclamación es que el Cuerpo Colegiado lleve a cabo un adecuado análisis económico de la Metodología, a efectos de que pueda determinarse el valor correcto que debe tener el denominador "Na", aprobado por el MTC mediante la Metodología. Ello, de modo que se determine cuál es el precio máximo que ENEL podía exigir por uso compartido de infraestructura -el cual siempre es pasible de modificación- y, en consecuencia, se contraste con lo efectivamente pagado por AZTECA. Es así que, si la primera instancia verifica la existencia de un pago ilegal, por exceder la máxima contraprestación regulada, corresponde que ordene a ENEL la devolución de lo exigido en contravención a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.
- 1.6. Por tanto, en atención a nuestras pretensiones y fundamentos de la reclamación, el Cuerpo Colegiado debía encargarse de: (i) evaluar el razonamiento económico de la fórmula Metodológica, (ii) determinar cuál es el valor correcto del denominador "Na" en atención al marco normativo vigente, (iii) aplicar la Metodología para concluir cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura, (iv) verificar si la retribución exigida por ENEL supera el precio máximo o no, desde el inicio de la relación de compartición hasta la emisión del Mandato; (v) en atención a si se exigió una contraprestación mayor al tope legal, ordenar la devolución de lo pagado vulnerando

³ AZTECA presentó su reclamación siendo totalmente respetuoso de la exclusiva competencia de OSIPTEL para la solución de controversias en materias reguladas como la máxima contraprestación por uso compartido de infraestructura.

el marco normativo; y, (vi) concluir si es que podría pactarse que no se modifique la retribución fijada inicialmente en el Contrato de Participación.

- 1.7. En atención a lo señalado, para cumplir con el ejercicio de su competencia legal y solucionar la controversia entre las partes, dando respuesta a nuestra reclamación, el Cuerpo Colegiado debe declarar: (i) cuál es el valor correcto de "Na" de acuerdo a lo previsto en el Reglamento, así como, (ii) si ENEL puede exigir que no se modifique la contraprestación fijada en el Contrato de Participación. En consecuencia, en aplicación del marco normativo imperativo sobre participación de infraestructura, así como en ejercicio de sus competencias, corresponde al Cuerpo Colegiado que ampare nuestra reclamación, declarándola fundada en todos sus extremos.

A. SOBRE LA EXIGENCIA DE UNA RETRIBUCIÓN SUPERIOR AL MÁXIMO LEGAL

2. ¿POR QUÉ LA CONTRAPRESTACIÓN FIJADA EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN SUSCRITO CON ENEL EXCEDE EL PRECIO MÁXIMO?

- 2.1. Como ha sido reconocido por ambas partes en el marco del presente procedimiento, al momento de la suscripción del Contrato de Participación, se determinó la contraprestación asumiendo -de manera equivocada- que el denominador "Na" de la Metodología era igual a uno (1). De ese modo, si bien para determinar la retribución mensual por participación de infraestructura se aplicó la Metodología, existió un error de ambas partes al considerar que el valor de "Na" era uno (1), y no tres (3), como lo prevé el MTC.
- 2.2. Se debe tener en cuenta que no resulta suficiente que el Contrato de Participación contemple que la contraprestación ha sido determinada en aplicación de la Metodología. Es así que, únicamente se estará cumpliendo con la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, con ello, protegiendo un interés público, si es que los valores utilizados por ENEL para aplicar la Metodología son los que corresponden, de acuerdo al razonamiento económico previsto por el MTC al momento de formular la Metodología.
- 2.3. Precisamente, como consecuencia de la solicitud de mandato, el Consejo Directivo modificó la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Participación, restableciendo la legalidad, para que dicha retribución se ajuste al precio máximo legal. Es así que, en el Mandato de Participación se revisó la normativa vigente de participación de infraestructura y en el razonamiento económico que tiene como fundamento la Metodología, concluyendo

que el MTC utilizó como presupuesto que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), al considerar la existencia de tres (3) cables en la infraestructura⁴.

- 2.4. Es más, el Consejo Directivo afirmó en su Mandato que la contraprestación mensual no refleja la aplicación de la Metodología vigente en el momento de la suscripción del Contrato de Compartición, en el 2015. De ese modo, nuestra postura en la presente reclamación, ya ha sido reconocida por el Consejo Directivo de OSIPTEL, quien indicó que la retribución que deriva de la Metodología se encuentra muy por debajo de lo que efectivamente ENEL nos exigió desde el inicio de la relación de compartición.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), en algunos casos, aun considerando el costo incremental total por el acceso de tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están, en todos los casos, muy por debajo de los precios acordados en el contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

- 2.5. Como puede observar el Cuerpo Colegiado de la revisión del Mandato de Compartición, el Consejo Directivo ha aplicado correctamente la Metodología, para determinar cuál es la contraprestación que ENEL podía exigir como máximo a AZTECA por el arrendamiento de sus infraestructuras. Es más, no podría haber aplicado otra fórmula u otros valores, en tanto debe resguardarse que no se vulnere el principio de no discriminación en la compartición de infraestructura. Precisamente por ello, el Consejo Directivo sigue afirmando que el valor del denominador "Na" es igual a 3, en casos en los que no participó AZTECA⁵.

⁴ Es importante conocer que la función normativa para emitir mandatos, permite que el Consejo Directivo modifique contratos de compartición para garantizar el respecto de la normativa y condiciones reguladas como la contraprestación máxima. Por ello, lo previsto en el Mandato debe respetar el marco normativo vigente y aplicable sobre compartición de infraestructura. Cabe precisar que, de ningún modo el ejercicio de la función normativa, no permite que el Consejo Directivo pueda establecer nuevos valores de la Metodología, ni modificarlos.

⁵ Ver: (i) Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTEL de fecha 8 de noviembre de 2018, por la cual se aprobó el Mandato de Compartición aplicable a la relación entre Telefónica del Perú S.A.A. y Electro Dunas S.A.A., sustentada en el Informe N° 00233-GPRC/2018; (ii) Resolución de Consejo Directivo N° 014-2019-CD/OSIPTEL de fecha 7 de febrero de 2019, por la cual se aprobó el Mandato de Compartición aplicable a la relación entre Gilat Networks Perú S.A. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., sustentada en el Informe N° 00011-GPRC/2019; y, (iii) Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL de fecha 25 de enero de 2019, por la cual se aprobó el

- 2.6. Cabe precisar que el Tribunal de Solución de Controversias ya ha emitido un pronunciamiento⁶, en casos similares al actual, reconociendo que la contraprestación pactada con las eléctricas excede el precio máximo. Ello, atendiendo que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), conforme se desprende del razonamiento económico de la Metodología prevista por el MTC en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

97. En conclusión, si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado a la variable "Na", a partir de su revisión integral y teniendo en cuenta la información contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es posible concluir que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura contempla un valor de "Na" equivalente a tres (3).

- 2.7. Por tanto, la contraprestación fijada en el Contrato de Participación excede el precio máximo legal debido a que ha sido determinada aplicando incorrectamente la Metodología. Así, desde el inicio de la relación de participación hasta la emisión del Mandato, ENEL ha asumido que el denominador "Na" tiene un valor igual a uno (1) para exigir el pago de la retribución a AZTECA. En consecuencia, al no considerar que el valor correcto de "Na" (igual a tres), ENEL exigió una contraprestación superior al precio máximo, generando que AZTECA asuma el costo incremental por el apoyo de al menos tres (3) cables de fibra óptica, cuando sólo se encuentra apoyando uno. En otras palabras, AZTECA vino pagando hasta antes de la emisión del Mandato una retribución tres veces mayor a la que realmente le correspondía.

3. ¿POR QUÉ EL VALOR DEL DENOMINADOR "Na" DE LA METODOLOGÍA ESTABLECIDA POR EL MTC DESDE LA EMISIÓN DEL REGLAMENTO ES IGUAL A TRES (3)?

- 3.1. Como lo explicamos en nuestra reclamación, el valor igual a tres (3) del denominador "Na" de la Metodología fue previsto por el MTC desde la emisión del Reglamento. Ciertamente, esto se puede corroborar de la revisión del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó el Reglamento ("Informe del 2013") y del Informe No. 292-2017-MTC/26 que sustentó la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC ("Informe del 2017").
- 3.2. Cabe precisar que si bien el Informe del 2013 no tiene naturaleza de exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, sí se trata del documento que sustenta técnica y económicamente la Metodología. En efecto, considerando que buscamos dilucidar los valores de una fórmula metodológica, no tendría utilidad un documento con la naturaleza de

Mandato de Participación aplicable a la relación entre Cable Fast S.A.C. y ElectroSur S.A., sustentada en el Informe N° 00004-GPRC/2019.

⁶ Ver Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPTEL del 28 de octubre de 2019.

exposición de motivos, pues este sólo contempla las razones del legislador para la emisión del Reglamento y todas las condiciones previstas en dicha norma, y no explica el razonamiento técnico-económico de la Metodología.

- 3.3. Ciertamente, es deber del Cuerpo Colegiado revisar el informe técnico - económico en el que se sustentó el MTC para aprobar la Metodología que incorporó como Anexo al Reglamento de la Ley de Banda Ancha, de modo que pueda resolver la controversia entre AZTECA y ENEL, indicando cuál es el valor correcto de "Na". Es importante recordar que para resolver un asunto técnico jamás podría apelarse a un tema netamente jurídico, sino que debe buscarse en la apreciación de las razones técnico-económicas que fundamentaron la creación de la Metodología con los valores que ella prevé.
- 3.4. De ese modo, el Informe de 2013 es concluyente sobre el valor del denominador "Na", porque explica cuál fue el razonamiento económico adoptado por el MTC para establecer la Metodología. Si bien de la revisión del contenido del Informe del 2013 no se consigna expresamente el valor del denominador "Na"⁷, sí se establece un parámetro para determinar la relación entre las variables "f" y "Na" de la Metodología, así como también permite concluir que el valor del denominador "Na" es 3.
- 3.5. Ahora bien, "f" constituye el porcentaje vinculado al peso de los cables de fibra óptica que la Metodología asume que se apoyan en la infraestructura, para calcular el costo incremental por compartir infraestructura; mientras que "Na", corresponde al número de arrendatarios entre los que se distribuye el referido costo incremental, de acuerdo al número de cables existentes. De esa manera, si la fórmula metodológica establecida por el MTC asumió la existencia de 3 cables en la infraestructura para calcular el valor de "f" (como si existiesen 3 arrendatarios haciendo uso de la infraestructura), corresponde que ese costo se divida entre 3: "Na" igual a 3 arrendatarios, con la finalidad de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) solo arrendatario.
- 3.6. Sobre el particular, el Informe del 2013 es claro al señalar que ha contemplado la existencia de 3 cables de fibra óptica para calcular el porcentaje de f. En el Informe del 2013 no se han analizado múltiples posibilidades, de modo que no exista certeza cuál asumió el MTC: sólo existió una única alternativa que fue asumir la existencia de 3 cables de fibra óptica apoyados en la infraestructura eléctrica. Así pues, se indica que la infraestructura estará compuesta de 3 cables de fibra óptica, por lo que para calcular un porcentaje para "f", se multiplica el peso de 1 cable de fibra óptica por 3.

7

Claramente si el valor estuviera expreso en el Informe 2013, no habría controversia entre las partes y, por tanto, no se hubiera acudido a la primera instancia.



7

Ahora bien, a efectos de plantear los supuestos para efectuar los cálculos correspondientes, en principio se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torre (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).

Así, considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente⁸ 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente⁸ de 745 Kg/Km; el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%. Como en el caso anterior, en la presente

- 3.7. Con ello, vemos que desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y, con ello, desde la suscripción del Contrato de Participación con ENEL, el MTC asumió, para efectos de la construcción de la fórmula aprobada mediante la Metodología, que una infraestructura tenía el apoyo de 3 cables de fibra óptica. Por ello, el costo incremental (asumido en función al peso de 3 cables), siempre debió ser dividido entre 3 y, por ende, el valor del denominador "Na" siempre debió ser 3, para efectos de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) solo arrendatario.
- 3.8. En esa línea, luego de la revisión del Informe del 2013, el Tribunal de Solución de Controversias concluyó que la definición de "número de arrendatarios" no debe ser entendida en su sentido literal⁸. Ello, toda vez que el MTC determinó la Metodología, considerando la existencia de tres (3) cables en la infraestructura que se comparte, por lo que la distribución del costo incremental (valor de "Na") debe realizar entre tres (3) arrendatarios.

95. De acuerdo a ello, la definición de arrendatario en la fórmula no puede ser entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado para la retribución de la contraprestación periódica. En esos términos, en tanto la variable "Na" forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica y al encontrarse acreditado que estos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, desplegados por tres (3) operadores de telecomunicaciones, se puede advertir que el valor de la variable "Na" guarda correspondencia con esta cantidad, de modo que puede afirmarse que representa la existencia de tres (3) arrendatarios.

- 3.9. En atención a lo señalado, el Informe de 2013 es un documento técnico - económico que sustentó la aprobación de la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (es el fundamento con el que se explica la razonabilidad económica de la fórmula prevista en la Metodología), por lo que definitivamente debe ser analizado para determinar cuál es el valor correcto y legal del denominador "Na". Como hemos visto, así como también se encuentra desarrollado a lo largo del procedimiento, el Informe del 2013 establece una relación entre

⁸ Ver Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPEL del 28 de octubre de 2019.

las variables "f" y "Na" de la Metodología, lo que permite establecer que el valor legal del denominador "Na" debe ser 3.

- 3.10. Siguiendo lo concluido en el Informe del 2013, el Informe del 2017 que sustenta técnica y económicamente la RVM, debe ser considerado por el Cuerpo Colegiado. Ello, puesto que se reafirma que el razonamiento del MTC desde la emisión del Reglamento, para establecer el valor a todas las variables de la fórmula metodológica, fue asumir la presencia de 3 cables y, en consecuencia, 3 arrendatarios en la infraestructura.
- 3.11. Precisamente, nuestra posición se reafirma cuando el Informe del 2017 menciona expresamente que considera la existencia de 3 cables de fibra óptica, con la finalidad de que mantenga consistencia con lo asumido por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Como vemos, el Informe de 2017 permite confirmar el razonamiento económico adoptado por el MTC para la emisión de la Metodología, lo cual también ha sido reconocido por el Tribunal de Solución de Controversias en su pronunciamiento⁹, como vemos a continuación:

108. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Informe N° 292-2017-MTC/26 ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el costo adicional de operación y mantenimiento que genera la compartición de Infraestructura fue calculado asumiendo la existencia de tres (3) arrendatarios, de modo que el factor de distribución del referido costo adicional ("B" = "1/Na") estuvo sustentado en la existencia de esta cantidad de operadores. Lo anterior permite concluir que el valor de "Na" es equivalente a tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento.

- 3.12. El Cuerpo Colegiado debe recordar que nuestra posición siempre ha sido que, como consecuencia de la emisión de la RVM, revisamos el Informe del 2017 que indica expresamente que recoge el razonamiento del Informe del 2013 para la aprobación del Reglamento y, por ello, advertimos que, para efectos de la aplicación correcta de la Metodología, el valor correcto y legal que debe aplicarse al denominador "Na" es equivalente al valor de tres (3). Por ello, cuando solicitamos que se tome en cuenta el Informe del 2017 que sustenta técnicamente la RVM, buscamos que se analice que el razonamiento económico empleado para la modificación del valor de "f", consideró los parámetros adoptados en el Reglamento (y explicados en el Informe del 2013), para que se reconozca el valor legal del denominador "Na". No debe entenderse de modo alguno que hayamos inferido que el valor de "Na" ha sido modificado.
- 3.13. De acuerdo a lo expuesto, es necesario que se considere lo expuesto en el Informe del 2017, puesto que no sólo se manifiesta expresamente que se asume que la infraestructura cuenta con el apoyo de 3 cables (3 arrendatarios), sino que también es claro al mencionar que este criterio fue establecido en el Informe del 2013 que sustentó el Reglamento de la Ley de

⁹ Ver Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPTEL del 28 de octubre de 2019.

Banda Ancha. Se debe tener en cuenta que el Consejo Directivo reconoció la validez del razonamiento económico del Informe del 2017, fundamentando su Mandato en dichas premisas económicas, para señalar que el correcto valor de "Na" es igual a 3 y modificar la contraprestación para que se ajuste al máximo legal.

IV. UN PRECIO MÁXIMO REGULADO NO CAMBIA EN FUNCIÓN A LOS DOCUMENTOS CONOCIDOS POR LAS PARTES PARA LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPARTICIÓN

- 4.1 Como lo hemos reconocido a lo largo del procedimiento, a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, AZTECA y ENEL no tuvieron conocimiento del Informe del 2013, lo que generó que las partes no conocieran cuál era el valor correcto del denominador "Na". Sin embargo, con independencia de los documentos que conocían las partes para la suscripción del Contrato de Compartición, el precio máximo regulado debe respetarse desde el inicio de la relación de compartición. Por ello, la falta de conocimiento del Informe de 2013 no prohíbe que la primera instancia lo considere como un documento para evaluar el razonamiento económico de la Metodología.
- 4.2 En efecto, como ha señalado el Tribunal de Solución de Controversias en la Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPTEL, notificada el 6 de noviembre de 2019, **la falta de conocimiento de los documentos que sustentaron la Metodología no puede justificar que las partes establezcan pactos que contravengan el marco regulatorio imperativo, excediendo el precio máximo legal.** Una posición como la que sostiene el Cuerpo Colegiado implica desconocer una situación de ilicitud que no puede ser permitida, en la medida que podría afectarse el interés público que se pretende tutelar.

61. Contrariamente a lo indicado por el CCO, la invocada falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula, no puede dar lugar a que las partes fijen una contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura que supere el precio máximo que establece el Reglamento. Admitir esta posibilidad implicaría que, por el alegado desconocimiento de los alcances de una disposición de carácter regulatorio, se incluyan términos y condiciones en un contrato de compartición que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.
62. En el presente caso, la determinación de la contraprestación periódica trasciende el interés particular de los administrados, en tanto involucra la existencia de un interés público, de modo que no puede existir posibilidad lícita alguna de que las partes pacten libremente un contraprestación periódica por encima de la máxima que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.

- 4.3 Lo anterior responde a que la determinación del precio máximo legal como tope para calcular la contraprestación de una relación de compartición no puede depender de la voluntad de las partes. Como ha sido reconocido el Tribunal de Solución de Controversias, nos encontramos ante un marco regulatorio imperativo, y no ante normas dispositivas que pueda modificadas por las partes.
- 4.4 En tal sentido, es inadmisibles que la legalidad de una contraprestación -sujeta a un marco regulatorio imperativo- dependa de lo que asumieron o tuvieron conocimiento las partes, en función de los documentos que revisaron en su oportunidad. Precisamente, en estos casos se hace necesaria la intervención de OSIPTEL, para adoptar las medidas que sean necesarias para restablecer la legalidad de una relación de compartición a fin de evitar que la contraprestación supere el precio máximo legal y se contravenga el marco regulatorio imperativo.
- 4.5 Es importante señalar que esta posición ha sido recogida por el Tribunal de Solución de Controversias en la Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL:

63. En tal sentido, aún si las partes consideran que existió desconocimiento sobre la forma correcta de determinación de la contraprestación periódica, correspondería a la autoridad adoptar las medidas para revertir la contravención a la regulación que pudiera haberse producido, teniendo en cuenta que la inclusión de una contraprestación periódica que supere el precio máximo, que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, constituiría un incumplimiento del marco regulatorio contenido en la Ley de Banda Ancha.
64. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Matriz de Comentarios resultan plenamente pertinentes para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y CONENHUA respecto de la determinación del valor de la variable "Na" en la fórmula contenida en la Metodología.

- 4.6 Pero no solo ello, la necesidad de valorar el Informe del 2013 responde a la aplicación estricta del principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁰, el cual –en el marco de un procedimiento administrativo trilateral- obliga a la autoridad administrativa a verificar por todos los medios posibles la verdad de los hechos propuestos por las partes, cuando pudiera involucrarse el interés público.
- 4.7 Así, en el presente caso, hemos solicitado al Cuerpo Colegiado que, ante la existencia de una contraprestación que excede el precio máximo legal, aplique un marco regulatorio imperativo que involucra el interés público, es decir, Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Para determinar ello, la primera instancia debió verificar la verdad de nuestras afirmaciones, a partir de los documentos incorporados al presente procedimiento, lo cual incluye la valoración del Informe del 2013 que sustentó justamente la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- 4.8 Es importante señalar que esta posición ha sido compartida por el Tribunal de Solución de Controversias a través de la Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPTEL:

56. La necesidad de evaluar toda la información relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del principio de verdad material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley. La observancia de este principio en los procedimientos trilaterales también es exigible e incluso en estos casos cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.

57. En ese sentido, si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Matriz de Comentarios no constituyen la exposición de motivos formal del Reglamento, en aplicación del principio de verdad material antes referido, ello no resta y mucho menos anula el mérito probatorio que ostenta para efectos de determinar el valor de la variable “Na” en la fórmula de la Metodología.

¹⁰ “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:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

- 4.9 Como vemos, no es aceptable un argumento que reste valor al Informe del 2013, por su supuesta falta de conocimiento de las partes al suscribir el Contrato de Compartición. Ello, toda vez que ello facultaría a las partes contravenir el marco regulatorio imperativo que impone un precio máximo legal para determinar la contraprestación de una relación de compartición, afectando el interés público que se pretende tutelar en el mercado de telecomunicaciones.
- 4.10 Por tanto, en aplicación del principio de verdad material y para verificar la legalidad de dicha contraprestación, corresponde que el Organismo Regulador, en este caso, OSIPTEL, adopte todas las medidas necesarias para revertir esta situación, lo cual incluye valorar plenamente los alcances del Informe del 2013 que sustentó la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

V. ¿CUÁL ES EL RAZONAMIENTO ECONÓMICO DE LA METODOLOGÍA?

- 5.1 De modo que pueda esclarecerse cualquier duda sobre la correcta aplicación de la Metodología y el valor igual a tres (3) del denominador "Na", a continuación, desarrollaremos cuál fue el razonamiento económico que adoptó el MTC para la emisión del Reglamento. Ello, de modo que el Cuerpo Colegiado pueda evidenciar que, para determinar el costo incremental, la Metodología siempre asumió la existencia de tres (3) cables apoyados en una infraestructura y, en consecuencia, para calcular el costo de un solo arrendatario, "Na" (factor de distribución) siempre deberá ser igual a tres (3).
- 5.2 Nos explicamos: la Metodología para determinar el precio máximo exigible al titular de la infraestructura es la siguiente:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + Im)$$

Donde: (i) **Imp**: impuesto municipales (si los hubiere), (ii) **OMc**: costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, es decir, costo total por operación y mantenimiento en un escenario de compartición, (iii) **B**: factor de distribución de costos entre los arrendatarios; y (iv) **Im**: margen de utilidad razonable.

- 5.3 Para efectos de explicar el razonamiento económico de la fórmula y para demostrar cómo fue calculado el costo incremental (costo Opex adicional de la infraestructura) por el MTC en la Metodología, resaltamos que **"OMc": que representará el costo total por operación y mantenimiento en un escenario de compartición; y, "B": que representará la distribución de los costos por operación y mantenimiento, son los factores que tendrán mayor relevancia. Ello, en tanto representan el modo en el que el MTC ha calculado**



los costos en un escenario de compartición, así la forma en la que dichos costos se distribuirán entre los que utilicen la infraestructura.

- 5.4 Es así que, corresponde señalar que el "OMc" en la Metodología constituye un valor que se determina en atención a: (i) **OMs**: los costos regulares por operación y mantenimiento que el titular de la infraestructura asume siempre, en un escenario sin compartición, sólo por la existencia de la torre y/o poste; y, (ii) **f**: un factor que considerará la forma de medición del costo incremental cuando se comparta la infraestructura. Así, de la lectura del Anexo 1 del Reglamento, puede observarse que el MTC únicamente considera para la determinación de los costos en un escenario de compartición "OMc", siendo este factor igual a "f x OMs".

$$OMc = f \times OMs$$

- 5.5 El MTC ha previsto en su Metodología que "f" será el factor que considerará el costo incremental en un escenario de compartición. Así, para realizar este cálculo, el MTC consideró que el costo incremental estaría en función al peso de tres (3) cables de fibra óptica. Por ello, en la Metodología "f" es colocado como un porcentaje que representa el peso de los 3 cables de fibra óptica equiparado al peso de tres (3) conductores eléctricos y, posteriormente, al peso promedio de una línea de transmisión eléctrica.
- 5.6 Se debe resaltar que este porcentaje del factor "f" siempre ha sido asumido en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica, y no ha cambiado con la emisión de la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC. Es más, de la revisión del Informe del 2017, con mayor claridad se advierte que el MTC, manteniendo consistencia con lo establecido en el Reglamento, mantiene que el porcentaje del factor "f" deberá continuar en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica.

"(...) En base a los comentarios formulados a la propuesta, se revisaron los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio, y por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se incorpora una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por OSINERGMIN."

(Subrayado y énfasis agregado).

- 5.7 A la fecha, 18.3 % es el valor que ha asignado el MTC para la variable "f", **Y ESTE REPRESENTA EL COSTO INCREMENTAL QUE GENERARÍAN TRES (3) CABLES DE FIBRA ÓPTICA EN EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA.** En ese orden de ideas, vemos que para que se determine cuál es

el costo incremental que se genera por el apoyo de un solo cable de fibra óptica, debe distribuirse el porcentaje de "f" (18.3%) entre tres (3) arrendatarios, de modo que se obtenga cuánto debe retribuir sólo uno de ellos por el apoyo de un cable.

- 5.8 Claramente, AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque **únicamente apoya un cable en la infraestructura**. Precisamente por ello, el MTC, como parte de la Metodología, ha incluido la variable "B" que equivale a $1/N_a$. Esta variable representa el factor de distribución de costos entre los arrendatarios, por lo cual divide el costo incremental por operación y mantenimiento entre los operadores de telecomunicaciones que cuenten con apoyos en la infraestructura.

$$RM = \frac{Imp + f \times OMs \times 1 \times (1 + Im)}{N_a}$$

- 5.9 Como se puede apreciar, el denominador "Na" cumple una función de ajuste en la fórmula metodológica, pues **permite individualizar el costo incremental por operación y mantenimiento según el número de arrendatarios que cuentan con un apoyo en la infraestructura**. Ahora, "f" y "Na" constituyen factores que son dependientes entre sí, puesto que el costo incremental calculado en atención al peso de tres (3) cables, al partir de la premisa de la existencia de tres (3) arrendatarios, deben distribuirse entre el número de arrendatarios que se consideró en la Metodología, esto es tres (3) arrendatarios.
- 5.10 En síntesis, como en la fórmula metodológica, el MTC ha considerado para "f" la existencia de 3 cables de fibra óptica, resulta indispensable que "Na" sea equivalente a 3. Ello, a fin de que se pueda determinar cuál es el costo incremental por operación y mantenimiento, por el apoyo de un solo cable en la infraestructura. Es decir, en un escenario hipotético, si "f" tomara en cuenta la existencia de 2 cables de fibra óptica, "Na" debería equivaler 2 a fin de tener el costo incremental por un solo cable.
- 5.11 Lo anterior evidencia que es incorrecto afirmar que el denominador "Na" sea igual a uno (1), en tanto la fórmula metodológica presupone como fundamento económico la existencia de tres (3) cables en una sola infraestructura. En ese escenario, distribuir el costo incremental entre uno (1) ($N_a = 1$) implicaría que Azteca esté pagando tres veces más del precio máximo que le corresponde, situación que viene sucediendo desde el momento de la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.

5.12 Con lo anterior, hemos demostrado al Cuerpo Colegiado que, para una correcta aplicación de la Metodología, en atención a los parámetros que estableció el MTC desde la emisión del Reglamento, es necesario considerar que el valor del denominador "Na" igual a tres (3) y no uno (1) para calcular la contraprestación. En consecuencia, al haberse considerado un valor igual a uno (1) para el denominador "Na" cuando se determinó la contraprestación en la relación de compartición con ENEL, AZTECA ha venido abonando retribuciones tres (3) veces superiores al precio máximo, que es lo único que le consideraba abonar como costo incremental por el apoyo de un cable en la infraestructura.

6. **¿POR QUÉ EL MTC NO DETERMINÓ UN VALOR FIJO PARA EL DENOMINADOR "Na" EN EL REGLAMENTO?**

6.1. Se debe tener en cuenta que el MTC no consignó en la Metodología de manera expresa que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), puesto que fue dejado como una variable abierta, dinámica y cambiante, que asumirá un valor distinto en cada caso. Sobre este punto, corresponde recordar que el parámetro "f" (factor del costo incremental en atención al peso de 3 cables) y el denominador "Na" (distribución del costo incremental en atención a los arrendatarios o cables asumidos en la fórmula metodológica) se encuentran íntimamente conectados, en tanto la distribución del costo incremental siempre dependerá de cómo se calculó el costo extra (al que ya se asume normalmente por la existencia de la torre o poste) que se le generará al titular de la infraestructura.

6.2. Los proyectos de norma, que proponían modificar el valor de la variable "f" de la Metodología, evidencian que en esas tres (3) oportunidades el MTC consideró asumir la existencia de un cable apoyado en la infraestructura, cambiando la premisa económica del Reglamento. En efecto, **COMO VEMOS A CONTINUACIÓN, LOS PROPIOS PROYECTOS DE NORMA SEÑALAN QUE EL VALOR DE "NA" ES IGUAL A UNO (1), LUEGO DE CONSIDERAR QUE SÓLO EXISTE UN (1) CABLE EN LA INFRAESTRUCTURA.**

Resolución Viceministerial No. 215-2015-MTC/03

f = 4.3% para media y alta tensión

Cabe indicar que para la variable i_m (tasa de retomo mensual o margen de utilidad razonable) se utilizó la tasa de actualización anual de 12% señalada en el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844)¹⁵ que mensualizada equivale a $i_m=0.95\%$. Asimismo, el valor de la variable "h" se tomó de la Metodología (h=13.4%); y se efectuaron los siguientes supuestos: i) el arrendamiento es provisto sólo a una empresa de telecomunicaciones (variable Na=1) y ii) no hay impuestos municipales (Imp=0). Con los referidos valores, se procedió a aplicar la Metodología¹⁶.

Resolución Viceministerial No. 133-2017-MTC/03

f = 5.8% para media y alta tensión



Cabe señalar que para la variable i_m (tasa de retorno mensual o margen de utilidad razonable) se utilizó la tasa de actualización anual de 12% señalada en el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844) que mensualizada equivale a $i_m = 95\%$. Asimismo, el valor de la variable "h" se tomó de la metodología ($h = 13.4\%$) y se efectuaron los siguientes supuestos: i) el arrendamiento es provisto sólo a una empresa de telecomunicaciones ($N_a = 1$) y, ii) no hay impuestos municipales ($imp = 0$). Luego con los referidos valores, se procedió a aplicar la Metodología, obteniéndose los siguientes resultados:

Resolución Viceministerial No. 698-2017-MTC/03
f = 6.1% para media y alta tensión

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.

- 6.3. Precisamente, en los escenarios simulados por el MTC en los proyectos de norma (nunca aprobados ni vigentes en el ordenamiento jurídico), se consideró la existencia de un cable de fibra óptica apoyado en la infraestructura; esto es, la existencia de un arrendatario, propusieron valores para "f" menores a los fijados inicialmente con el Reglamento y, finalmente con la RVM. Así pues, el Reglamento estableció un valor de la variable "f" igual a 20% y, posteriormente, la RVM modificó el valor de "f" por 18.3%, partiendo de la premisa de la existencia de tres (3) arrendatarios¹¹.
- 6.4. Como se puede ver: 20% y 18.3% representan valores mayores en tanto se asumió el costo incremental de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura. Ello, mientras que los proyectos de norma, propusieron valores menores para la variable "f": 4.8%, 5.8% y 6.1%, **PUESTO QUE CONSIDERABAN LA EXISTENCIA DE UN (1) CABLE DE FIBRA ÓPTICA EN LA INFRAESTRUCTURA.**
- 6.5. Se debe resaltar que los Proyectos de RVM nos han permitido graficar nuestra posición: **la interdependencia entre las variables "f" y "Na"**. Es así que, dependiendo del presupuesto económico que sea asumido por el MTC: la existencia de 3 arrendatarios o solo uno, el valor del costo incremental ("f") cambiará. Por ello, nuestra postura evidenció que el porcentaje de "f" era aproximadamente tres (3) veces superior en lo previsto en el

¹¹ Cabe precisar que la modificación del valor de la variable "f" de la Metodología NO se debió a cambios en las premisas económicas que sustentan la fórmula. A diferencia de las alternativas propuestas a través de los proyectos de norma, la modificación aprobada con la RVM fue consecuencia del ajuste de los valores del peso promedio tanto de la fibra óptica como de una línea de transmisión.

Reglamento y la RVM del 2017, a diferencia de lo que ocurre en los Proyectos de RVM, que considera únicamente un arrendatario.

- 6.6. Ciertamente, el Cuerpo Colegiado no debe perder de vista que **los proyectos de norma del 2015 y 2017 constituyen documentos que nunca estuvieron vigentes en el ordenamiento jurídico, por lo que no tuvieron efecto para las partes.** Precisamente, no podría argumentarse que el razonamiento del MTC para establecer la Metodología ha sido desarrollado en documentos que no fueron aprobados por la entidad. En todo caso, correspondería que el Cuerpo Colegiado evalúe el Informe del 2017 que sustentó la RVM (norma sí aprobada y vigente) que modificó el valor de "f" en la Metodología.
- 6.7. Los proyectos de norma contienen un razonamiento económico distinto al contenido en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, puesto que se plantea una situación hipotética, que grafica cómo pueden cambiarse los valores de la retribución por compartición de infraestructura, empleando un supuesto distinto al del Reglamento: la existencia de un solo arrendatario (Na=1). En consecuencia, no se debe considerar lo concluido en los escenarios hipotéticos y de simulación, realizados en los proyectos de norma para determinar el valor legal de "Na".
- 6.8. Lo que corresponde es que el Cuerpo Colegiado evidencie el razonamiento económico coherente entre el Informe del 2013 y el Informe del 2017. Así pues, en el Informe No. 292-2017-MTC/26, se reconocen los presupuestos económicos que consideró el MTC para calcular el costo incremental en atención a la existencia de tres (3) cables (3 arrendatarios). Como se puede apreciar, de forma expresa, el MTC ratifica que –desde el 2013– en la Metodología se consideró la existencia de tres (3) arrendatarios, en criterios de espacio y peso, cuando calculó el valor de "f" de la Metodología.

2.4 Análisis de las variables de "m" y "f" en la metodología del 2013

En esta sección se describen los pasos realizados para la determinación de las variables "m" y "f" en la metodología del año 2013, los cuáles fueron válidos para Baja, Media y Alta tensión, según el Informe N°-251-2013-MTC/26. Cabe mencionar que, en la propuesta del presente informe, estos valores (m=77% y f=20%) permanecerán vigentes únicamente para el nivel de baja tensión.

2.4.1 Determinación de la variable "f"

Se consideraron dos criterios: el criterio por espacio y el criterio por peso.

a. Criterio por espacio

Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios.

b. Criterio por peso

Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores.

- 6.9. En tal sentido, el Informe No. 292-2017-MTC/26 fundamenta que para determinar el nuevo valor de la variable "f" mantendrá consistencia con lo previsto en la Metodología. Por ello, para ser congruentes con el Reglamento, no se asume el número de cables de fibra óptica asumido en los proyectos normativos previos no aprobados, para seguir manteniendo la existencia de tres (3) cables por criterio de peso (valor de "f"), conforme era asumido por la norma vigente (la Metodología).

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso, donde además se incorpora una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, permitiendo ajustar el valor de acuerdo con el despliegue actual de las redes eléctricas.

- 6.10. Por ello, para determinar el valor de la variable "f", el razonamiento económico expuesto en el Informe No. 292-2017-MTC/26 muestra que el MTC, siguiendo lo determinado en el Reglamento, asume la existencia de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura. Así, como ha sido citado en el numeral 4.8 del presente escrito, en el Informe del 2017 que sustenta la RVM expresamente se indica que para calcular el valor de "f", se parte de la premisa que existen tres (3) cables en la torre y/o poste.

- 6.11. En atención a lo señalado, tanto el Reglamento como la RVM, normas vigentes y aplicables en la relación de compartición, asumen el porcentaje del costo incremental (variable "f") de tres (3) cables de fibra óptica, esto es, tres (3) arrendatarios. Por ende, el denominador "Na" como factor de distribución debe ser igual a tres (3), de modo que permita individualizar el costo incremental por cable de fibra óptica y arrendatario.
- 6.12. Se debe tener en cuenta que el denominador "Na" tuvo un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento y no ha sido modificado en ningún momento, en esa línea, la RVM fue consistente, asumiendo la existencia de tres (3) arrendatarios en la infraestructura. Recordemos que AZTECA nunca ha señalado que con la emisión de la RVM el denominador "Na" haya sido modificado, sino que siempre tuvo un valor igual a tres (3) y que **ESTE FUE ACLARADO A PROPÓSITO DE LA INFORMACIÓN QUE PUSO EN EVIDENCIA LA RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL.**
- 6.13. En tal sentido, el denominador "Na" es una variable dinámica por tener la función de distribución del costo incremental, entonces su valor depende del costo incremental que el legislador haya previsto (originalmente o a propósito de una modificación posterior) para la determinación de la fórmula de la Metodología. Así pues, como en este caso, si el costo incremental siempre fue previsto en función a la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, el denominador "Na" siempre tendrá un valor igual a tres (3).
- 6.14. Por tal motivo, los valores de las variables "f" y "Na" son interdependientes: el número de cables asumidos para determinar el costo, es el número de arrendatarios entre los que distribuiré el costo. Si el MTC optara por cambiar el número de cables que se usa de presupuesto para establecer el costo incremental que tiene la fórmula, en base a que la variable "Na" es dinámica, dicho valor pasaría de tres al número que se usó para la determinación del costo incremental adoptado para la Metodología.
- 6.15. En atención a lo expuesto, como hemos podido evidenciar, los proyectos de norma corroboran nuestra posición: el valor del denominador "Na" siempre fue tres (3). Precisamente, se evidencia que el razonamiento económico seguido en los proyectos de norma, conforme sus informes sustentatorios (proyectos que nunca fueron aprobados y, por ende, no tuvieron vigencia en nuestra legislación) es distinto al desarrollado en el Reglamento y la RVM, sustentados en sus respectivos informes sustentatorios, en los que se asume la existencia de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura.
7. **¿POR QUÉ EL VALOR DEL DENOMINADOR "Na" DE LA METODOLOGÍA EN NINGÚN CASO PUEDE SER CONSIDERADO COMO EL NÚMERO DE ARRENDATARIOS REALES NI POTENCIALES?**
- 7.1. En la Metodología, el denominador "Na" tiene la denominación de "número de arrendatarios". Sin embargo, ello no tiene por qué ser entendido como que el valor del

denominador "Na" debe ser igual al número de arrendatarios reales ni potenciales. Por el contrario, de acuerdo al razonamiento económico de la fórmula metodológica, el denominador "Na" tiene un valor igual al número de arrendatarios que consideró la Metodología a efectos de estructurarla.

- 7.2. En efecto, como claramente hemos explicado en los acápites anteriores y a lo largo del procedimiento, el MTC asumió en la fórmula la existencia de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura y, en ese sentido, asumió la existencia de tres (3) arrendatarios. Por tanto, cuando el denominador "Na" se denomina "número de arrendatarios", hace referencia a los arrendatarios que el MTC asumió para establecer el porcentaje que se asignaría al "costo incremental" que debería prever la fórmula metodológica, que en este caso son tres (3).
- 7.3. Por ello, reconocer un valor del denominador "Na" de la Metodología distinto a tres (3), contravendría la Metodología prevista en el Reglamento y, de ese modo, se estaría determinando una contraprestación por encima del precio máximo legal. Ciertamente, el MTC ha reconocido en sus Informes 2013 y 2017, así como en comunicaciones, que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), al determinar el costo incremental en atención al peso de tres (3) cables. Ello, precisamente es lo que recoge el Consejo Directivo de OSIPTEL para la emisión de Mandatos que respeten la correcta aplicación de la Metodología.
- 7.4. En efecto, el Cuerpo Colegiado debe tener en cuenta que el Consejo Directivo de OSIPTEL ha descartado cualquier interpretación anterior sobre el valor del denominador "Na", al aplicar correctamente la Metodología –vigente desde el año 2013- en más de 24 Mandatos de Participación aplicables a AZTECA (incluyendo el de ENEL)¹², y otros más aplicables

¹² Nos referimos a los siguientes pronunciamientos, los cuales **están plenamente vigentes y vienen siendo ejecutados**: Resolución de Consejo Directivo No. 046-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00048-GPRC/2018 (**Mandato respecto de TESUR**); Resolución de Consejo Directivo No. 045-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00049-GPRC/2018 (**Mandato respecto de REDESUR**); Resolución de Consejo Directivo No. 048-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00047-GPRC/2018 (**Mandato respecto de CONENHUA**); Resolución de Consejo Directivo No. 076-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 067-GPRC/2018 (**Mandato respecto de Inversiones Shaqsha S.A.C.**); Resolución de Consejo Directivo No. 077-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 068-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ENEL Perú S.A.C.**); Resolución de Consejo Directivo No. 062-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00055-GPRC/2018 (**Mandato respecto de LDS**); Resolución de Consejo Directivo No. 072-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00072-GPRC/2018 (**Mandato respecto de Proyecto Especial Olmos Tinajones**); viii) Resolución de Consejo Directivo No. 063-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 057-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ENEL**); Resolución de Consejo Directivo No. 080-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 082-GPRC/2018 (**Mandato respecto de Electro Dunas S.A.A.**); Resolución de Consejo Directivo No. 084-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 079-GPRC/2018 (**Mandato respecto de Consorcio Eléctrico Villacuri S.A.C.**); Resolución de Consejo Directivo No. 134-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 131-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ENEL**); Resolución de Consejo Directivo No. 143-2018-CD/OSIPTEL - Informe No. 136-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ELSE**); Resolución de Consejo Directivo No. 154-2018-

a otros operadores de banda ancha como las empresas Cable Fast S.A.C., Gilat Networks Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A¹³.

- 7.5. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado no podría generar un razonamiento distinto para la resolución de la presente controversia, puesto que corresponde que aplique correctamente la normativa vigente y, por ello, únicamente debe seguir el razonamiento económico que la Metodología prevista por el MTC propone. Es importante tener en cuenta que en el presente caso se busca que se respete la aplicación correcta de la Metodología, tal y como fue prevista por el MTC, para que se garantice una contraprestación que no exceda el precio máximo legal. De ese modo, no corresponde que el Cuerpo Colegiado genere una nueva Metodología o señale cuál es el mejor modo de aplicar la Metodología prevista por el MTC; por el contrario, únicamente debe adoptar lo previsto en la normativa vigente, que ya ha sido reconocido por el MTC y el Consejo Directivo, que es que el valor de "Na" es igual a tres (3).
- 7.6. Es más, el propio MTC ha declarado en una comunicación oficial, como entidad que fijó la Metodología, cómo debe entenderse el valor de una variable de la fórmula. Así, sin lugar a dudas, el propio Viceministro de Comunicaciones, emitió un Oficio manifestando que el valor de "Na" es 3, con independencia del número de arrendatario efectivo de la

CD/OSIPTTEL - Informe No. 146-GPRC/2018 (**Mandato respecto de HIDRANDINA**); Resolución de Consejo Directivo No. 156-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 155-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ELECTROCENTRO**); Resolución de Consejo Directivo No. 157-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 161-GPRC/2018 (**Mandato respecto de San Gabán**); Resolución de Consejo Directivo No. 153-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 147-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ENOSA**); Resolución de Consejo Directivo No. 155-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 149-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ENSA**); Resolución de Consejo Directivo No. 228-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 223-GPRC/2018 (**Mandato respecto de EILHICHA**); Resolución de Consejo Directivo No. 208-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 205-GPRC/2018 (**Mandato respecto de EGESUR**); Resolución de Consejo Directivo No. 207-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 203-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ELECTRO ORIENTE**); Resolución de Consejo Directivo No. 203-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 198-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ELECTRO PUNO**); Resolución de Consejo Directivo No. 200-2018-CD/OSIPTTEL - Informe No. 194-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ADINELSA**); Resolución de Consejo Directivo No. 277-2018-CD/OSIPTTEL - Informe N° 254-GPRC/2018 (**Mandato respecto de ELECTRO TOCACHE**); y Resolución de Consejo Directivo No. 264-2018-CD/OSIPTTEL - Informe N° 246-GPRC/2018 (**Mandato respecto de EGEMSA**).

- ¹³ Nos referimos a los Mandatos de Compartición aprobados a través de las siguientes resoluciones:
- Resolución de Consejo Directivo N° 246-2018-CD/OSIPTTEL de fecha 8 de noviembre de 2018, por la cual se aprobó el Mandato de Compartición aplicable a la relación entre Telefónica del Perú S.A.A. y Electro Dunas S.A.A.
 - Resolución de Consejo Directivo N° 014-2019-CD/OSIPTTEL de fecha 7 de febrero de 2019, por la cual se aprobó el Mandato de Compartición aplicable a la relación entre Gilat Networks Perú S.A. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.
 - Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTTEL de fecha 25 de enero de 2019, por la cual se aprobó el Mandato de Compartición aplicable a la relación entre Cable Fast S.A.C. y Electrosur S.A.

infraestructura. Esta comunicación guarda coherencia con lo establecido en los Informes del 2013 y 2017, por lo que ello también corrobora que no se trata de una declaración que no tenga respaldo legal, o sea contrario a lo establecido en el Reglamento.

- 7.7. Sobre el particular, el Tribunal de Solución de Controversias, en la Resolución No. 021-2019-TSC/OSIPTEL, notificada el 6 de noviembre de 2019, ha concluido que esta comunicación del MTC corrobora que el valor legal de "Na" es igual a tres (3) desde el inicio de la Metodología.

113. Evidentemente el Oficio N° 520-2017-MTC/03 no tiene naturaleza normativa, no es una norma interpretativa, en el sentido antes expuesto, y tampoco es una norma modificatoria. Es un documento mediante el cual la Administración pública transmite su apreciación respecto de los alcances de una disposición que ha sido emitida por ella. En ese sentido, su valoración no puede limitarse a revisar si ostenta o no carácter normativo, sino principalmente a ponderar el sustento que aporta para resolver la controversia. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.

115. De acuerdo a lo que se puede apreciar, la opinión contenida en este oficio corrobora lo expuesto previamente, respecto a que el valor de la variable "Na" es equivalente a tres (3). El MTC no delimita el periodo de la valoración del "Na" hacia adelante, es decir, para el periodo posterior a la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino estima que este es el valor que corresponde a esta variable desde la formulación inicial de la Metodología, como también entiende este Tribunal.

- 7.8. En atención a lo expuesto, corresponde que el Cuerpo Colegiado aplique correctamente la Metodología, esto es, tal y como fue prevista en el Reglamento por el MTC. De ese modo, en ningún caso, el Cuerpo Colegiado podría incluir valores que no han sido contemplados en la Metodología y, en ese sentido, únicamente corresponde que adopte que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3). Ello, más aún cuando aplicar la Metodología asumiendo un valor distinto a tres (3) para el denominador "Na" significaría una aplicación incorrecta de la normativa y, con ello, la determinación de una contraprestación ilegal.

8. ¿POR QUÉ CORRESPONDE QUE ENEL DEVUELVA Y/O COMPENSE LO PAGADO POR ENCIMA DEL PRECIO MÁXIMO DESDE EL INICIO DE LA RELACIÓN DE COMPARTICIÓN HASTA LA EMISIÓN DEL MANDATO A AZTECA?

- 8.1. Por todo lo expuesto y considerando que: (i) la Metodología que estuvo vigente desde el inicio de la relación de compartición que AZTECA mantiene con ENEL; (ii) no ha variado en cuanto al valor del denominador "Na"; y, (iii) el valor del denominador "Na" siempre fue tres (3), se ha podido advertir que la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de

Compartición era ilegal por exceder la máxima retribución por uso compartido de infraestructura fijada legalmente. En ese sentido, se solicita al Cuerpo Colegiado que declare fundadas nuestras pretensiones.

- 8.2. En consecuencia, atendiendo que se ha demostrado sin lugar a dudas que la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición excede el precio máximo legal establecido por el MTC, corresponde que el Cuerpo Colegiado ordene a ENEL la devolución y/o compensación de todo lo que AZTECA pagó por encima del límite imperativo. Es así que, únicamente con la devolución de lo pagado en exceso, se garantizará la protección de un interés público: uso compartido de infraestructura en condiciones eficientes, se exigirá el cumplimiento de las normas imperativas, así como se restituirá el derecho de AZTECA de abonar lo correspondiente por compartición de infraestructura para el despliegue y operación de la Red Dorsal.

B. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE MODIFICAR LA CONTRAPRESTACIÓN

9. LA MÁXIMA CONTRAPRESTACIÓN EXIGIBLE LEGALMENTE NO ES INMUTABLE

- 9.1. La Ley de Banda Ancha indicó expresamente que los concesionarios de energía eléctrica que arrienden las torres y/o postes recibirán contraprestaciones periódicas, que como máximo deberán ascender al monto determinado conforme a la Metodología fijada en el Reglamento de dicha ley. Ahora bien, desde su emisión, el Anexo 1 del referido Reglamento ha contemplado la posibilidad de que **los valores de las variables "m", "l", "h" y "f" de la Metodología (cuya aplicación determina la máxima contraprestación legalmente exigible) sean modificados por resolución de Viceministro de Comunicaciones**.
- 9.2. Ciertamente, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha (vigente al momento de suscripción del Contrato de Compartición y a la fecha) establece que **el monto que se determine como máxima contraprestación exigible por uso compartido de infraestructura es susceptible de sufrir cambios**, puesto que con la emisión de una Resolución Viceministerial, el Viceministerio de Comunicaciones podrá modificar valores de variables de la Metodología. Por ello, **fijar un monto como retribución inamovible daría lugar a situaciones en las que operadores de telecomunicaciones se encuentren obligados a abonar un monto superior al máximo que legalmente puede cobrar el titular de la infraestructura, cuando exista alguna modificación en los valores de las referidas variables de la Metodología**.
- 9.3. En efecto, un pacto en la relación de compartición que prohíba la modificación de la contraprestación conllevaría a acordar la inobservancia de una norma vigente. Así pues, todo Contrato de Compartición que prevea una vigencia mínima de la contraprestación o su inmutabilidad, en los hechos pretende que no se apliquen a las partes las normas imperativas

sobre retribución. Sin embargo, las normas sobre la máxima contraprestación exigible legalmente en una relación de compartición son imperativas, por lo que **las empresas eléctricas titulares de la infraestructura y los operadores de telecomunicaciones no pueden voluntariamente decidir que no se les serán aplicables las disposiciones legales, fijando sus propios términos.**

- 9.4. En tal sentido, atendiendo a que los valores de algunas variables de la Metodología podrán ser modificados por Resolución Viceministerial, fijar que la contraprestación se someta a una vigencia mínima y, en consecuencia, prohibir la modificación de la retribución, resulta contrario a la normativa sobre uso compartido de infraestructura. Ello, en tanto permite la inobservancia de una eventual Resolución Viceministerial y, con ello, de la máxima contraprestación que puede exigirse legalmente. Por tanto, cualquier pacto que busque que las normas imperativas no sean aplicables para el caso en concreto es inválido y, de ese modo, resulta inexigible en el marco de una relación de compartición.
- 9.5. En el presente caso, en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición se estableció que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se sujetará a una vigencia mínima de tres (3) años, esto es: contractualmente se prohibió que la retribución sea modificada durante dicho plazo. Claramente, con un pacto que prohíbe la modificación de la contraprestación, no sólo se restringe que la contraprestación se modifique a pedido de alguna de las partes, sino que se limita a su vez: (i) la posibilidad de que una norma posterior modifique los valores de la Metodología, y (ii) los efectos que pueda tener un Mandato que modifique el Contrato de Compartición.
- 9.6. En efecto, no puede ampararse que, a través de un pacto de vigencia mínima de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, los particulares desconozcan la potestad normativa y decidan no acatar lo que establece una norma (como la Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables "f" y "m"; o, la máxima contraprestación legalmente exigible). Así pues, no debe permitirse la desnaturalización de normas imperativas, que resguardan la protección de un interés público, dejando que los privados decidan cuándo les son aplicables.
- 9.7. Precisamente, atendiendo a la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se sujete a una vigencia mínima, el Consejo Directivo, a través de su Mandato, modificó el Contrato de Compartición en este extremo, eliminando dicha exigencia. De esta manera, en el Informe que sustentó el Mandato se concluye:

"(...) en el citado texto del contrato se señala que la intención de las partes de sujetarse a la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904, y no de desconocerla. No obstante, dicho texto señala también que se deberá revisar los importes fijados de acuerdo a las nuevas condiciones legales existentes

luego de **tres años de vigencia mínima**. Esto último resulta **contradictorio con el principio de "No Discriminación"** señalado anteriormente, y **con la observancia sin restricciones de la aplicación de la metodología señalada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904.**

En conclusión, el numeral (1) de la referida cláusula restringe en el tiempo la aplicación de la referida metodología, por lo que **no puede ser considerado como "términos válidamente pactados por las partes"** tal como lo señala ENEL, por **contraponerse al Reglamento de la Ley No. 29904, en cuanto a la fijación y aplicación de contraprestaciones, norma vigente desde noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato.**

(...)

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley No. 29904 para **dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904, considerando las modificatorias a la misma aprobadas por la Resolución Vice Ministerial No. 768-2017-MTC/03, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ.**

(...)

ANEXO 1

(...)

I.2 Modificar el numeral (1) de la Cláusula Cuarta - Retribución- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ el 09 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

"(1) Por el acceso y uso de la infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará retribuciones mensuales que han sido determinadas en función a la aplicación de la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y las cuales están contenidas en el Anexo No. 1 - Condiciones Económicas- del presente contrato".

(...)

(subrayado y énfasis agregado)

- 9.8. Por tanto, así como ha sido reconocida la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a una vigencia mínima de la contraprestación fijada en el Contrato de Participación por parte del Consejo Directivo en su Mandato (con efectos a futuro), corresponde que el Cuerpo Colegiado señale expresamente y con claridad que dicha exigencia contractual siempre (desde el inicio de la relación de participación, con la suscripción del contrato) fue inexigible por tratarse de una condición manifiestamente contraria a la normativa vigente en materia de uso compartido de infraestructura. Ello, dado que resulta necesario que el Cuerpo Colegiado salvaguarde y garantice el cumplimiento de la normativa imperativa, impidiendo que existan distorsiones en el mercado de telecomunicaciones, como consecuencia de la

inobservancia del principio de no discriminación y las reglas vinculadas a la contraprestación.

10. LA PROHIBICIÓN DE MODIFICAR LA CONTRAPRESTACIÓN POR COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA TAMBIÉN VULNERA EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

10.1. El artículo 30 del Reglamento no sólo prevé que el resultado de la aplicación de la Metodología determinará cuál será la retribución máxima exigible, sino también que el **precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación**. Asimismo, el artículo 7 de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, establece que el principio de no discriminación garantiza que *"el titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes"*¹⁴.

10.2. En tal sentido, la normativa general sobre uso compartido de infraestructura, así como la legislación específica emitida para el despliegue y operación de la Red Dorsal, reconoce que en toda relación de compartición debe garantizarse el Principio de No Discriminación. Sobre el particular, dicho principio garantiza que no existan condiciones contractuales diferenciadas en el mercado fijadas por una empresa con poder de mercado, que generen escenarios en los que algunos operadores de telecomunicaciones se encuentran obligados a abonar una contraprestación superior a la máxima establecida legalmente y exigida a los otros operadores, y por ende, se encuentren en desventaja competitiva respecto de estos últimos.

10.3. **El Consejo Directivo señaló en su Mandato que el principio de no discriminación garantiza que no se fijen valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo**, puesto que podría generar disparidad entre los operadores de telecomunicaciones. Ello, en tanto las relaciones de compartición con una retribución que no puede ser modificada, al modificarse los valores de las variables de la Metodología, podrían resultar con una contraprestación con un monto mayor al máximo. Esto ha sido reconocido por el Consejo Directivo en su Mandato, como se observa a continuación:

"De esta manera, la normativa bajo la cual las partes suscriben el contrato, salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos. Dicha disposición vigente desde

¹⁴ Incluso, se debe tener en cuenta que el Principio de "No Discriminación" se encuentra reconocido desde la entrada en vigencia de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y su Reglamento.

noviembre del 2013 y conocida por las partes al momento de la suscripción del Contrato, supone que no pueden co-existir en el mercado ciertos contratos, con valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo, con otras relaciones de compartición (contratos o mandatos) con valores de contraprestaciones que resulten menores a dichos valores inamovibles, en el caso de modificatorias a los valores de los parámetros m , l , h , y f de la fórmula establecida en el referido Anexo 1, que sean consideradas sólo para algunos contratos."
(Subrayado y énfasis agregado)

- 10.4. Además, para el caso concreto referido a la relación de compartición entre AZTECA y ENEL, el Consejo Directivo ha reconocido expresamente en su Mandato, que someter la contraprestación a tres (3) años de vigencia mínima resulta contrario al principio de no discriminación, como se observa a continuación:

"Dicha situación podría significar eventualmente un trato discriminatorio por efectos de un menor precio fijado en otras relaciones de compartición, en las que si se hayan considerado los valores vigentes para los parámetros m , l , h , y f , al momento de la suscripción de algún otro contrato, o de la emisión de un mandato de compartición, en la que también intervenga el mismo concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos que tiene pactado con otro operador de telecomunicaciones, contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo. Claramente dicha situación atenta contra el referido principio de "No Discriminación" que subyace el referido artículo 30.4 del Reglamento de la Ley 29904, normativa conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato."
(subrayado y énfasis agregado)

- 10.5. En consecuencia, la normativa que regula las relaciones de uso compartido de infraestructura, específicamente, aquella vinculada a la máxima contraprestación que puede ser exigible por el titular de la infraestructura, establece que: (i) la retribución debe ofrecerse bajo criterios de no discriminación; y, (ii) los valores de algunas variables de la Metodología, que determina la máxima contraprestación, podrán ser modificados. Por ello, atendiendo que no podrían existir diferencias en el tratamiento del uso compartido de infraestructura y que la máxima contraprestación que puede exigirse cambiará en el tiempo (dependiendo de los valores de la Metodología), la normativa en la materia impide que se fije una retribución inamovible o que se encuentre sujeta a una vigencia mínima.
- 10.6. Por lo expuesto, el pacto contenido en el contrato con ENEL resulta inexigible y así solicitamos al Cuerpo Colegiado que lo declare. Resulta imperativo que la contraprestación por uso compartido de infraestructura sea susceptible de sufrir modificaciones durante la relación de compartición, por lo que la prohibición establecida contractualmente de modificar la contraprestación por uso compartido de infraestructura es manifiestamente ilegal, en tanto resulta contraria a la normativa vigente.

POR TANTO:

AL CUERPO COLEGIADO SOLICITAMOS: tenga en consideración nuestros argumentos desarrollados en este escrito de alegatos, de modo que se desestime la posición de ENEL y, en su oportunidad, el Cuerpo Colegiado declare FUNDADA en todos sus extremos nuestra reclamación.

OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos el uso de la palabra con la finalidad de exponer los argumentos legales y económicos que sustentan el presente escrito.

Lima, 11 de marzo de 2020



JOSE MONTES DE PERALTA
DIRECTOR JURIDICO



2020 MAR 16	Expediente	008-2018-CCO-ST/CI
OSI	Secretaría Técnica	Zaret Matos Fernández
	Sumilla	<u>ALEGATOS</u>

AL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL):

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. ("ENEL"), con RUC 20269985900, con domicilio en Calle César López Rojas N° 201, Urbanización Maranga, distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su abogado patrocinante, Ramón Alberto Huapaya Tapia, acreditado en el expediente, en el procedimiento iniciado por reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("**AZTECA**"), ante ustedes atentamente decimos:

El 2 de marzo de 2020 hemos sido notificados con la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 031-2020-CCO/OSIPTEL ("**la Resolución**"), así como con los medios probatorios de oficio incorporados por el Cuerpo Colegiado. Conforme a la Resolución se da por concluida la etapa probatoria y se otorgan 7 días hábiles para presentar alegatos y/o solicitar el uso de la palabra.

Pues bien, dentro del plazo otorgado, cumplimos con presentar nuestros alegatos:

I. ¿DE QUÉ TRATA EL PRESENTE CASO?

1. El presente caso trata sobre cómo AZTECA pretende desconocer lo pactado en el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ENEL ("**el Contrato**").
2. Es suficiente con revisar las pretensiones de AZTECA para comprobar que su objetivo es desconocer la contraprestación pactada y el plazo de

vigencia de dicha contraprestación. En otras palabras, desconocer lo pactado.

3. Lo grave del caso es que AZTECA sustenta sus pretensiones en una supuesta eficacia retroactiva del mandato de compartición ("Mandato de Compartición") que emitió el OSIPTEL para modificar el Contrato. Si bien no lo dice expresamente, es lo que pretende al sostener que el pronunciamiento de OSIPTEL respecto del factor Na de la fórmula para calcular la contraprestación por uso de infraestructura sería meramente declarativo, en el sentido que siempre dicho factor tuvo el valor equivalente a 3.
4. Como hemos demostrado en nuestros escritos previos, lo señalado por AZTECA carece de sustento. En primer lugar, porque el Mandato de Compartición no establece expresamente que el valor del factor Na sea equivalente a 3. En segundo lugar, porque incluso si se considera que el Mandato de Compartición ha interpretado los alcances de la fórmula, debe entenderse que dicha interpretación no es declarativa, sino constitutiva. En ese sentido, debe regir hacia adelante.
5. Finalmente, es importante que el Cuerpo Colegiado tome en consideración las normas y actos expresos que forman el escenario sobre el cual se negoció y celebró el Contrato. Ese y no otro es el marco de referencia. Como explicaremos más adelante, el Cuerpo Colegiado no puede basar su pronunciamiento en informes o documentos que – como establece el artículo 182 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo ("TUO de la LPAG") – no son vinculantes.
6. Sobre la base de los argumentos expuestos que hemos desarrollado a lo largo del procedimiento y que precisaremos en las líneas siguientes, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare infundadas las pretensiones

que sustentan la reclamación de AZTECA y de por concluida la controversia iniciada por esta empresa.

II. CUESTIÓN PREVIA: LA NATURALEZA DE LA PRESENTE CONTROVERSIA NO ES REGULATORIA

7. Sin perjuicio de que el Cuerpo Colegiado haya desestimado la excepción de incompetencia planteada, consideramos relevante reiterar que la controversia que ha iniciado AZTECA en esta sede no es de naturaleza regulatoria.
8. Es cierto que el Contrato se encuentra dentro del marco normativo de la compartición de infraestructura. Sin embargo, ello no implica que el Contrato en su totalidad sea un asunto regulatorio. Las mismas normas desconocen esa tesis.
9. La Ley 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (“Ley de Banda Ancha”) y su Reglamento (“el Reglamento”) reconocen que las partes tienen plena libertad para la “negociación y suscripción del contrato”.
10. Es más, las normas reconocen que el regulador no tiene ni debe tener una injerencia en el contenido del contrato, en la medida que se le remite sólo después de firmado para fines de supervisión. Es claro, entonces, que la intervención del regulador es subsidiaria.
11. En este sentido, la norma marca dos escenarios: el primero de libertad contractual en que las partes negocian y deciden cómo se regulará su relación contractual. El segundo y subsidiario, en el que el regulador interviene sólo para asegurar el acceso a la infraestructura.

12. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que tome en cuenta que nos encontramos en ese primer escenario. Aquí no fue necesaria la intervención del regulador para imponer la compartición de infraestructura. ENEL y AZTECA negociaron, arribaron a un acuerdo y celebraron el Contrato. Esta premisa es la que debe guiar el análisis del Cuerpo Colegiado.

III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN QUE LA RECLAMACIÓN FORMULADA POR AZTECA DEBE SER DECLARADA INFUNDADA

13. Como sabe el Cuerpo Colegiado, AZTECA pide tres cosas: (i) que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato excede la máxima retribución exigible; (ii) que se ordene a ENEL la devolución (o, en su defecto, se proceda a la compensación) de un monto ascendente a USD 595,126.93 por pago en exceso desde la suscripción del Contrato; y, (iii) que se declare que el pacto de vigencia de la contraprestación por tres años resulta inexigible. Todas estas pretensiones carecen de sustento y deben ser declaradas infundadas, como expondremos a continuación.

A) LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DEBE DECLARARSE INFUNDADA

14. AZTECA pide que se reconozca que la contraprestación pactada en el Contrato es excesiva (primera pretensión principal) y, sobre la base de ello, que se le devuelvan montos pagados en exceso o se proceda con la compensación respecto de montos pendientes de pago a nuestro favor (pretensión accesoria a la primera pretensión principal).
15. Sustenta sus pretensiones en que el valor Na (número de arrendatarios) que forma parte de la fórmula para calcular la contraprestación en el Contrato es igual a 3 y no a 1 como fue acordada por ambas partes en su

momento. Desde ya puede apreciar el Cuerpo Colegiado que AZTECA quiere desconocer lo pactado en el Contrato.

16. Ahora bien, para sostener su tesis, AZTECA señala que el valor del factor Na ha sido reconocido en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ("Resolución Viceministerial") y en el Mandato de Compartición. Sin embargo, AZTECA agrega que ese valor siempre fue así, de manera que las indicaciones realizadas en los informes sustentatorios de la Resolución Viceministerial y del Mandato de Compartición son meramente "declarativas".
17. Evidentemente esto es falso. Incluso si admitimos que tanto la Resolución Viceministerial como el Mandato de Compartición han reinterpretado los alcances del factor Na, dicha interpretación no puede tener eficacia retroactiva.
18. En efecto, incluso si se acepta que se ha modificado el factor Na producto de una interpretación dispuesta por el Mandato, esta interpretación debe considerarse necesariamente constitutiva. Como tal, sus efectos rigen hacia adelante.
19. En suma, lo que sostiene AZTECA no puede ampararse, por las siguientes razones:
 - En primer lugar, porque ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato que se encuentra protegido por la intangibilidad reconocida constitucionalmente en el artículo 62 de la Constitución.
 - En segundo lugar, porque existen razones económicas y técnicas para negar que el factor Na deba ser igual a 3, de ahí que ni la

Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición modifican expresamente en la parte decisoria el factor Na de la fórmula de cálculo de la retribución.

- En tercer lugar, porque, si existiera esa modificación, sólo podría tener eficacia hacia adelante, no hacia atrás, conforme lo dice expresamente OSIPTEL y se desprende también del informe que sustenta el Mandato de Compartición y que usa AZTECA para sustentar su reclamación.
- En cuarto lugar, porque los informes previos que el mismo Cuerpo Colegiado ha incorporado de oficio no resultan pertinentes para el caso y, además, deben considerarse no vinculantes.

(i) Ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato que fue libremente negociado por las partes

20. Conforme hemos expuesto, los pactos del Contrato que AZTECA pretende desconocer se suscribieron a la luz de las normas vigentes al momento de su celebración. Ello incluye la cláusula de retribución que pretende ser desconocida por AZTECA.
21. Dicho desconocimiento implica una violación al principio de intangibilidad de los contratos que reconoce el artículo 62 de la Constitución:

“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".
(Subrayado agregado).

22. El primer párrafo de dicha norma garantiza la libertad de contratar y la libertad contractual de las partes. En ese sentido, las partes de un contrato son libres de decidir si contratan o no y, a su vez, son libres de determinar el contenido del contrato, siempre teniendo como límite las normas vigentes al momento de la celebración del Contrato.
23. El fundamento de dicha norma se encuentra en la seguridad jurídica, entendida como el principio que garantiza la confiabilidad, calculabilidad y predictibilidad en el ordenamiento jurídico. En el marco de los contratos, esa seguridad jurídica parte de la premisa que, si las partes pactan teniendo como marco de referencia un ordenamiento jurídico dado, no puede luego imponérseles un marco normativo que no tuvieron como referencia en un primer momento.
24. En ese sentido, la norma constitucional impide que normas posteriores modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. No existe aplicación retroactiva de las normas que pueda interferir en los contratos.
25. Cabe recordar que, en este caso, el Contrato fue producto de una negociación libre entre las partes; hecho que ha sido probado por nosotros y nunca ha sido negado por AZTECA. Específicamente, es necesario recordar que fue tras una serie de negociaciones que ENEL y AZTECA llegaron - entre otros - a dos acuerdos: (i) el monto de la

contraprestación mensual por concepto de compartición de infraestructura y (ii) el plazo de tres años donde dicha renta mensual se mantendría estable, para luego ser ajustada. Prueba de ello son los correos electrónicos cursados durante la negociación:

De: fernando@telecomunicaciones.com.mx [mailto:fernando@telecomunicaciones.com.mx]

Enviado el jueves, 15 de noviembre de 2017 11:36 a.m.

Para: Leon Huerta, Mauro Cesar, EBELHOR

CC: Rubén Alvarado, Florida Blanca, EBELHOR; Mylo Calzadón, María Del Pilar, EBELHOR; Ahmed Chavez, María del Carmen Soraya, EBELHOR; mahernandez@telecomunicaciones.com.mx; fernando@telecomunicaciones.com.mx; fernando@telecomunicaciones.com.mx

Asunto: REVISIÓN DE CONTRATO AZTECA-EBELHOR RHNFO

Estimado Mauro, muchas gracias por su correo. Hemos procedido con la revisión del contrato y estamos de acuerdo con el mismo, el único cambio que tenemos se refiere al primer numeral de la cláusula cuarta, la misma que hemos ajustado para reflejar nuestro planteamiento.

Como lo conversamos hace instantes, es indispensable señalar que los precios acordados han sido determinados en cumplimiento de la normativa legal vigente (todos los contratos que suscribimos con las empresas eléctricas en calidad de concesionarios de la Red Dorsal Nacional son ajustados por el estado). Asimismo, y en esa misma línea, no es posible para Azteca estipular que dichos precios quedarán libres y sujetos a una nueva negociación comercial luego de los primeros 3 años de vigencia del contrato. Buscando atender su preocupación estamos dispuestos a acceder que los precios acordados se mantengan inalterados por los tres primeros años, siendo materia de revisión a partir del 4 año pero en función a los cambios que, de ser el caso, se hayan implementados en el marco legal.

Con su aprobación al texto de este numeral 1 de la cláusula cuarta estamos listos para proceder con impresión y firmas. Quedamos a la espera de su confirmación y definición de pasos a seguir.

Finalmente, conforme a lo concionado telefónicamente quedamos a la espera de su confirmación respecto de la reunión de nuestros equipos técnicos para mañana. Saludos,
Pepe

Correo electrónico presentado con nuestra contestación.

26. Pues bien, son precisamente dichos acuerdos – válidamente negociados y celebrados – los que AZTECA pretende desconocer, sobre la base de una norma que, en todo caso, implica una modificación hacia adelante. Es por ello que pedimos la aplicación expresa del artículo 62 de la Constitución.
27. En el caso concreto, ello implica que el Contrato no puede verse afectado por los cambios generados por la Resolución Viceministerial o por el Mandato de Compartición. Ello implica que el Cuerpo Colegiado debe declarar infundadas todas las pretensiones de AZTECA, dado que todas parten de la premisa que el Contrato puede ser modificado (y lo que es peor, retroactivamente) por la Resolución Viceministerial y el Mandato de Compartición.
28. Por las razones expuestas, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare infundadas las pretensiones planteadas por AZTECA en todos sus extremos.

- (ii) **Es imposible admitir económica y técnicamente que el valor del número de arrendatarios (Na) sea fijado en tres (3)**
29. En el supuesto negado que se admita que el Mandato de Compartición “modificó” el valor Na, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) existen razones económicas y técnicas que sustentan que el valor del Na no debe ser equivalente a 3; y, (ii) ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición han establecido expresamente dicho valor en su parte decisoria. Reiteramos que aplica aquí el artículo 182 del TUO de la LPAG, el mismo que priva de carácter vinculante a los informes que obren en el expediente, especialmente aquellos que ni siquiera fueron conocidos por los administrados, por lo que no pueden formar parte del marco de referencia que se tomó en cuenta al momento de firmar el Contrato.
30. La reclamación de AZTECA parte de una supuesta incorrecta aplicación de las normas de compartición, en específico del valor del “Numero de Arrendatarios” (“Na”), contenido en la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley 29904.
31. La variable “Na” se encuentra incluida en la fórmula que ha sido utilizada como referente para calcular los costos incrementales asociados al arrendamiento de un espacio en los postes de las concesionarias eléctricas.
32. El pedido de AZTECA se sustenta en que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador “Na” se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable para todos los casos debió tener un valor igual a tres (3).

33. Al respecto, debemos señalar que el argumento de AZTECA no tiene bases económicas ni técnicas.
34. En primer lugar, carece de sentido sostener que valor de Na debió ser siempre 3; ello equivale a sostener un contrasentido: que una variable puede tener un valor constante. Por el contrario, su naturaleza de “variable” implica que deba “variar” (valga la redundancia) dependiendo del caso concreto.
35. Por otro lado, la posición de AZTECA no considera que la interpretación del parámetro Na dentro del Mandato de Participación desvincula la contraprestación mensual de los criterios de costo incremental y costo de operación y mantenimiento.
36. En efecto, en la medida que existe un componente de costo fijo en el costo de la operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación del tendido de red (por ejemplo, costos generados por el personal administrativo, seguros, o supervisión), el costo incremental presentará una tendencia decreciente conforme aumenten los números de arrendatarios.
37. De esta forma, si se asume que existen tres (3) arrendatarios colgados en nuestra infraestructura, en aquellos casos en los que el supuesto no ocurra, el operador de telecomunicaciones retribuirá solo una porción de los costos fijos en los que incurrimos para la prestación del servicio. Ello implica una pérdida irreparable para ENEL. Por ello es que la fórmula contempla Na como variable, precisamente para que pueda variar conforme al caso concreto.
38. Por otro lado, la “regla” de que el Na es igual a tres carece de sustento técnico y somete a ENEL a potenciales incumplimientos en materia regulatoria.

39. Como sabe el Cuerpo Colegiado, ENEL se encuentra sujeta a diferente regulación vinculada a medidas mínimas de seguridad. Entre las principales se encuentra el Código Nacional de Electricidad, el mismo que en su Sección 1 regula lo siguiente:

Código Nacional de Electricidad – Suministro 2011

012.C. Con respecto a los detalles no incluidos en estas reglas, el diseño, la construcción, operación y el mantenimiento deberán ser efectuados de conformidad con métodos aprobados y reconocidos apropiados a las condiciones locales y serán informados con debida anterioridad a los responsables de la aprobación, supervisión, construcción o del mantenimiento de las líneas de suministro eléctrico o de comunicaciones y de los equipos. (Subrayado propio).

40. Siendo ello así, ENEL a la fecha viene aplicando los métodos establecidos en la Guía LI-2-550, la misma que establece que la distancia máxima permitida entre el conductor y la fibra óptica es de 2,3 metros. Conforme a los estándares fijados por la citada guía no sería posible que la infraestructura de ENEL soporte a tres (3) arrendatarios, toda vez que dicha instalación supondría contravenir la distancia máxima permitida. Esto está acreditado con las pruebas aportadas sobre la situación real de los arrendatarios de nuestra infraestructura.
41. Otra de las consecuencias que tendría la instalación de dos o más fibras sobre las estructuras de alta tensión de ENEL son los potenciales incumplimientos a las medidas de seguridad, también regulados por el Código Nacional de Electricidad. En efecto, la instalación de dos (2) a más fibras sobre las estructuras de alta tensión dificulta y eleva exponencialmente el riesgo de accidentes en los trabajos de mantenimiento de nuestras redes de alta tensión.

42. Como verá el Cuerpo Colegiado, queda claro que, desde la perspectiva técnica-regulatoria vinculada a nuestro sector, no se ha cumplido con analizar a detalle los costos, cargas y consecuencias de asignar arbitrariamente que el valor del Na será, en todos los supuestos, igual a 3.
43. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que advierta que la premisa de la cual parte AZTECA para sustentar sus pretensiones no tiene bases económicas ni técnicas.
44. Sobre la base de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare infundadas las pretensiones de AZTECA.
- (iii) El Mandato de Compartición solo tiene eficacia hacia el futuro, nunca retroactiva**
45. Ahora bien, en el supuesto negado que se sostenga que el Mandato de Compartición permite sustenta la posición de AZTECA, lo cierto es que éste sólo puede tener efectos desde la fecha en que el Mandato fue emitido.
46. Si se considera que el Mandato es una norma, como lo hace este Cuerpo Colegiado en el fundamento 12 de la resolución de admisión a trámite, entonces se debe reconocer su irretroactividad, tal como sucede con la Resolución Viceministerial. Ello se desprende del artículo 103 de la Constitución:

Artículo 103

"(...) 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”.

47. La norma constitucional consagra el principio de irretroactividad de las normas. En esa línea, ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición disponen la eficacia retroactiva de la declaración incidental que se hizo en el informe que sustentó la referida resolución, respecto del valor atribuible al factor Na. En ese sentido, rige plenamente la irretroactividad. Queda claro, entonces, que ni la Resolución Viceministerial ni el Mandato de Compartición pueden tener efectos retroactivos.
48. Sin embargo, en el supuesto en que se sostenga que el Mandato de Compartición es un acto administrativo, éste se somete a las reglas de eficacia de todo acto, es decir, surte efectos desde su notificación, conforme el artículo 16 del TUO de la LPAG.
49. Sobre el particular, son ilustrativas las palabras de los profesores Víctor Baca y Giancarlo Vignolo, cuyo informe obra en el expediente. En dicho informe, se señala lo siguiente:

“(...) los Mandatos de Compartición, y en específico, el Mandato de Azteca, se configura como un acto administrativo no normativo y no como un reglamento. Siendo ello así, como ya hemos precisado en el acápite anterior, un acto administrativo no normativo adquiere eficacia y surte efectos jurídicos, a partir de su notificación legalmente realizada al destinatario respectivo, siendo la regla establecida por el TUO de la LPAG, la notificación personal.

(...)

Por lo expuesto, podemos afirmar – absolviendo la Segunda Consulta – que el Mandato de Compartición de Azteca tiene efectos

jurídicos a partir del 15 de marzo de 2018 en adelante, y no puede ser aplicado retroactivamente, pues ello se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico vigente. En ese sentido, la expedición del referido mandato no podría afectar la validez de los pagos ya realizados por Azteca a Enel (...)". (Subrayado agregado).


50. De ello se debe concluir que legalmente es imposible sostener la tesis de la eficacia retroactiva que pretende AZTECA.
51. Ahora bien, a esta misma conclusión se arriba si se lee atentamente la Resolución Viceministerial. Como sabe el Cuerpo Colegiado, la Resolución Viceministerial modificó diferentes variables de la fórmula contemplada en el Anexo N ° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha ("Fórmula"). De esta forma, entre las modificaciones contempladas, se modificó la variable "f" de la Fórmula.
52. La variable "f" es la ratio que representa el costo de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura compartida; así, dicha variable es asumida por los concesionarios de telecomunicaciones por el despliegue de fibra óptica sobre las redes eléctricas, conforme a lo precisado por el MTC en el Informe N ° 292-2017-MTC/26.1 El citado informe añade además que para la actualización de la variable se tomó en cuenta el número de arrendatarios del criterio por espacio (03) y, consecuentemente, se modificó el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio por peso.
53. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Resolución Viceministerial, precisó que para la actualización de la variable "f" se iba a asumir que un poste o torre puede soportar hasta tres (03) cables de fibra óptica. De esta

¹ A través del cual se sustentó la propuesta de modificación de las variables "m" y "f" de la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N ° 29904.

forma OSIPTEL, en el Informe N ° 065-GPRC/2018 que sirvió de sustento para la emisión del Proyecto del Mandato de Compartición, reveló cómo interpretaba la relación entre la variable "f" y el "Na", señalando lo siguiente:

En conclusión, el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03) debido a que el valor del parámetro "f" fue dimensionado bajo la premisa de que la infraestructura soportará tres (03) cables de fibra óptica, lo cual se fundamenta en la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 y su informe sustentatorio, así como, en la normativa aplicable.

54. Como puede apreciarse, para el OSIPTEL es claro que el valor de Na se encuentra determinado por los criterios que se hayan tomado para fijar el valor de "f". En ese sentido, existe un criterio de dependencia que rige a ambas variables.
55. De ello se deduce que es imposible que el valor de Na haya sido tres (3) en un periodo anterior a la modificación de los valores "f" y "m" de la Fórmula; modificaciones que, como sabemos, se dieron recién con la emisión de la Resolución Viceministerial.
56. Lo expuesto ha sido reconocido por el propio OSIPTEL:

	DOCUMENTO	N° 00005-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 109

Ahora supongamos que nuevamente, a través de una resolución viceministerial se modifica nuevamente el parámetro "f", y que en esta oportunidad el valor fijado es el valor publicado en el proyecto de febrero del 2017, es decir un "f" = 5.8% el cual considera el costo incremental de un arrendatario. La implementación de la fórmula con este cambio en el parámetro "f", llevaría a considerar de ahí para adelante un "Na" = 1, manteniendo el criterio referido anteriormente, de que la renta mensual que debe pagar el arrendatario este orientado al costo económico incremental, atribuible y generado por dicho arrendatario.

57. En la misma línea se ha pronunciado en el Informe N ° 123-GPRC/2018:



58. En dicha oportunidad el OSIPTEL reconoció que el hecho de que una variable tome el mismo valor en diferentes momentos del tiempo "no la convierte en una constante per se", sino que siempre "queda latente la posibilidad de que pueda tomar otros valores en algún momento". Con ello de comprueba lo que venimos sosteniendo desde el inicio de este procedimiento, a saber, que Na es una variable y no una constante.
59. Sobre la base de lo expuesto, reiteramos nuestro pedido para que el Cuerpo Colegiado declare infundadas las pretensiones de AZTECA en todos sus extremos.
- (iv) Los informes previos incorporados "como medios probatorios de oficio" no resultan pertinentes ni idóneos como prueba para este caso, y además no cumplen con el principio de publicidad de las normas (no forman parte de éstas) y, en el supuesto negado que los proyectos normativos o la Resolución Viceministerial que modifica los valores "m" y "f" sean considerados como actos administrativos,

tampoco forma parte ni de la motivación ni del contenido de tales “actos”.

60. Como detallamos previamente, mediante la Resolución fueron incorporados de oficio, entre otros los siguientes medios probatorios:

<p>OFICIO N° 735-STCCO/2019 PRESENTADO POR LA SECRETARIA TÉCNICA ADJUNTA DE LOS CUERPOS COLEGIADOS DEL OSIPTEL</p> <p>(Puesto en conocimiento del CCO Ad Hoc con fecha 31/12/2019).</p>	<p>Información, que obran en el Expediente N° 012-2018-CCO-ST/CI:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Informe N° 021-2015-MTC/26, de fecha 29 de enero de 2015, que recomienda la publicación del proyecto de Resolución Viceministerial que Modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. <p>Información, que obra en el Expediente N° 019-2018-CCO-ST/CI, incorporado al Expediente N° 012-2018-CCO-ST/CI:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Copia del Oficio N° 0581-2019-MTC/2019, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con fecha 1 de abril de 2019. - Informe N° 256-2017-MTC/26, de fecha 12 de julio de 2017. - Matriz de Comentarios del proyecto de Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables “m” y “f” de la metodología para la determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la Infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, que forma parte del Informe N° 292-2017-MTC/26. 	<p>Se notifica por el presente Oficio (Copia y Soporte CD-ROM)</p>
	<p>Información que obra en el Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Copia del Oficio N° 25857-2018-MTC/27, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con fecha 27 de diciembre de 2018. - Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Anexo N° 1 Matriz de Comentarios, elaborado para sustentar el Reglamento de la Ley N° 29904 (soporte CD – ROM). 	

61. Al respecto, verificamos que los medios probatorios que se han incorporado “de oficio” al procedimiento son los documentos o antecedentes de trabajo vinculados a la aprobación del Reglamento original de la Ley 29904, así como del proyecto de Resolución Viceministerial que buscaba modificar las variables “m” y “f” de la metodología para la determinación de la contraprestación periódica, y finalmente, de la Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables “m” y “f” de la metodología para la determinación de la contraprestación periódica. Cabe precisar que tanto el Decreto Supremo que estableció el Reglamento de la Ley 29904, como el proyecto de Resolución Viceministerial del año 2015, como la Resolución Viceministerial del año 2017 constituyen dispositivos normativos o normas reglamentarias, y no un acto administrativo. Este tema, que desarrollaremos más adelante, es sumamente importante para sustentar esta parte de la argumentación.

62. Al respecto, consideramos que los medios probatorios listados a continuación no resultan pertinentes a efectos de la presente controversia, en la medida que (i) no resultan pertinentes para resolver la presente controversia, y (ii) los mismos no son vinculantes ni oponibles para ninguna de las partes puesto que NO FORMARON PARTE NI FUERON PUBLICADOS CONJUNTAMENTE CON los dispositivos normativos aplicables a esta controversia:

- Informe N° 021-2015-MTC/26 que recomienda la publicación del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f”
- Oficio N° 0581-2019-MTC/2019
- Informe N° 256-2017-MTC/26
- Matriz de Comentarios del proyecto de Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables “m” y “f”
- Oficio N° 25857-2018-MTC/27
- Informe N° 251-2013-MTC y su anexo (Matriz de Comentarios del Reglamento de la Ley N° 29904

63. Sobre la base de ello, mal haría vuestro Cuerpo Colegiado en considerar los documentos citados a efectos de determinar, por ejemplo, cuál sería el valor que debe ser asignado al Na.

64. En primer lugar, porque tales “medios probatorios” no cumplen con el principio de pertinencia probatoria, el cual es definido por la doctrina de la siguiente manera:

“Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos

en el proceso o procedimiento. Los medios probatorios que resulten impertinentes deben ser rechazados de plano -in limine- por el juzgador.”²

Ahora bien, estos medios probatorios son impertinentes puesto que no tienen vinculación alguna con lo discutido en la controversia, en la medida que se trata de fundamentos o antecedentes de los actos normativos que modificaron las variables “m” y “f” de la metodología de la determinación de la contraprestación periódica, pero que en modo alguno tiene que ver con las pretensiones o el fundamento de las pretensiones formuladas por la reclamante. Siendo ello así, no tienen vinculación alguna con el objeto de la controversia, y por ello son impertinentes.

65. Ahora bien, en segundo lugar, la Resolución Viceministerial es una disposición normativa, o norma reglamentaria. Como tal, en principio, los informes o “fundamentación” no son parte de los elementos de validez de los reglamentos en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo, tales “Matrices de Comentarios” o “Informes a proyectos de normas” o “Informes previos a la emisión de una norma”, no forman parte de esta, ni tampoco son parte integrante de la norma. Simplemente son papeles de trabajo, o antecedentes documentales, SIN VALOR NORMATIVO Y SIN FUERZA VINCULANTE.
66. Sin embargo, pese a que un informe podría desarrollar ampliamente una materia determinada con carácter previo a la emisión de una norma, el contenido del mismo debe estar expresamente recogido en una norma para poder ser oponible. En este caso, ello no ha ocurrido, tales informes no han sido publicados junto a la norma, siendo imposible conocer su contenido, con lo cual, al carecer de publicidad alguna NO FORMAN

² BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo: El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En: Revista Ius et Veritas. N° 14. Lima, 1997. Página 180.

PARTE DE LA NORMA, SERÍA UN IMPOSIBLE JURÍDICO PRETENDER QUE FORMEN PARTE DE LA MISMA.

67. Ahora bien, piénsese por un momento en un supuesto negado, que los proyectos contenidos en las Resoluciones Viceministeriales de los años 2015 y 2017, así como la propia Resolución Viceministerial sea un acto administrativo. Ello no es cierto, sin embargo, si es que lo fuera, el régimen de validez de tales “informes” o “matrices de comentarios” o siquiera “antecedentes”, es el establecido por el artículo 6.2 de la LPAG, en su texto conforme al Decreto Legislativo 1272 (norma procesal aplicable a la presente controversia) el cual señala lo siguiente:

*“6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, **a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.**”*

Conforme a la norma citada, no bastaba entonces que las Resoluciones Viceministeriales “identificaran” la existencia de tales Informes o de tales “Matrices de Comentarios”, sino que ambos debían ser comunicados o publicados junto al acto administrativo del cual forman parte.

Como tales “Informes” o “Matrices de Comentarios” nunca fueron publicados, o comunicados a los interesados, entonces no forman parte del acto y tampoco de su contenido. Por tanto, no son oponibles a los administrados de esta controversia ni tampoco medios de prueba susceptibles de ser validados como tal. Por tanto estos “medios probatorios de oficio” no cumplen con el principio de idoneidad o de

conducencia, que forman parte de los principios procesales de la prueba, y que es definido por la doctrina en los siguientes términos:

“el principio de idoneidad o conducencia exige que el sujeto procesal cuide que los medios probatorios con los que pretende acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa sean aquellos que la ley permite utilizar para acreditar tales hechos -por ejemplo, en el caso del proceso ejecutivo resultará inidónea o inconducente una declaración de testigos ofrecida como medio probatorio-. Se trata entonces de comparar el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho puede ser demostrado en el proceso con ese medio probatorio”³.

En tal sentido, es claro que estos “papeles de trabajo” o “antecedentes documentales” de los proyectos de Resolución Viceministerial no forman parte de las mismas, no fueron publicados jamás (se trata de documentos clandestinos), no fueron comunicados a los interesados, entonces se trata de material interno del Ministerio de Transporte que no es parte integrante de tales actos (en el supuesto negado que lo fueran). Y, por tanto, no pueden ser admitidos como medio de prueba en este procedimiento, ni tampoco considerados o valorados siquiera al momento de resolver, al no ser NI PERTINENTES NI IDÓNEOS. Si el Cuerpo Colegiado pretendiese resolver esta controversia con estos medios probatorios, viciará irremediabilmente de nulidad su Resolución.

68. A similar conclusión arriba la doctrina, ya que lo que se llama “motivación in aliunde” o con elementos externos al acto administrativo (informes previos), debe cumplir con dos requisitos: (i) que se les identifique expresamente en el acto como fundamento de la decisión, y (ii) que sean comunicados a los interesados afectados por la decisión administrativa.

³ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo: El derecho... Op. Cit. Página 180.

Con claridad esto lo expresa el maestro GORDILLO (quien incluso rechaza esta forma de “motivación”):

“En tal sentido, se ha señalado que puede admitirse la llamada fundamentación previa al acto, a condición de que los informes y dictámenes sean expresamente invocados como fundamento de la decisión y comunicados al interesado. El acto que no tiene fundamentación ni invoca los motivos que puedan estar expuestos en informes o dictámenes previos, no puede considerarse “fundado” porque se encuentre en alguna parte un informe relativo al asunto. Milita a favor de la admisión de esta forma remisiva de motivación el hecho de que el comportamiento administrativo debe apreciarse en su integralidad, pues se trata del mismo procedimiento de formación de la voluntad administrativa. Pero cabe advertir que en verdad ese tipo de motivación se ha transformado en un ritualismo a cargo del órgano de asesoramiento letrado. No es un razonamiento de la propia autoridad decidente. Por estas razones pensamos que al menos por vía de principio es un criterio que convendría desechar”⁴.

Por tanto, queda claro entonces que, en el supuesto negado que los proyectos de Resolución Viceministerial y la propia Resolución sean actos, los “informes previos” y “matrices de comentarios” no pueden ser considerados partes integrantes de las mismas, ya que nunca fueron publicados ni comunicados a los interesados.

69. Por ello, y retornando a nuestra fundamentación original, tales “informes previos” o “matrices de comentarios” nunca pueden ser considerados parte de las normas, porque no fueron publicadas junto a ellas. Al no

⁴ GORDILLO, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. “El Acto Administrativo”. Página X-21. Disponible en: https://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo10.pdf (Web visitada el 10 de marzo de 2020)

haber sido publicadas, (recordemos que la publicidad de las normas es un elemento de validez imprescindible de las mismas⁵), entonces no forman parte de las normas, ni gozan de la eficacia erga omnes de las normas, y no son oponibles ni vinculantes para nadie, ni para terceros.

70. Dicho ello, en la medida que los medios probatorios incorporados de oficio (y que datan de años tan lejanos como el 2013) son en su totalidad Informes o Matrices de Comentarios de proyectos normativos, nunca publicados ni comunicados a los interesados, vuestro Cuerpo Colegiado no puede esperar que ENEL y AZTECA los haya considerado a efectos de regular la relación contractual, puesto que nunca los conocieron, nunca formaron parte de tales normas, tratándose de documentos clandestinos sin eficacia normativa ni jurídica. Mucho menos ENEL o AZTECA pudieron advertir su uso para la determinación de la retribución periódica. Pretender afirmar lo contrario, implicaría dotar de eficacia normativa a documentos no publicados, lo cual es un imposible jurídico, algo que viciaría de nulidad insalvable a la Resolución futura del Cuerpo Colegiado.
71. Adicionalmente, debe repararse en otro hecho trascendental: el TUO de la LPAG es claro es precisar que los informes emitidos por la administración pública se presumen NO VINCULANTES:

“Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes

182.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

182.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

(Subrayado propio)

⁵ Cfr. BERMEJO VERA, José: La publicación de la norma jurídica. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, página 14, con cita de GARCÍA DE ENTERRIA.

72. Dicho ello, en la medida que los mismos nunca nos fueron notificados, ni publicados, ni mucho menos se precisó en la norma que los mismos eran vinculantes en los términos que precisa el artículo 182 del TUO de la LPAG, ni ENEL ni AZTECA estuvieron en posición de incorporar sus alcances al Contrato.
73. Por otro lado, es importante señalar que los documentos incorporados tampoco se tratan de exposición de motivos, las mismas que sí son vinculantes en cuanto a su contenido a efectos de contribuir con la interpretación de las normas.
74. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, las exposiciones de motivos representan la explicación de los aspectos más relevantes de la norma aprobada:

Artículo 2.- Exposición de motivos.

La exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración.

Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

75. Como es claro, los documentos incorporados como medios probatorios fueron emitidos en el marco del ejercicio de la actividad normativa del MTC, la misma que le exige la prepublicación de normas para comentarios; así como, la justificación de la regulación que emite, **todo**

ello con fines de mejora en la calidad regulatoria; NO CON FINES VINCULANTES NI MUCHO MENOS INTERPRETATIVOS.

76. En ese sentido, debemos adelantar que el empleo de los documentos incorporados como medios probatorios de oficio para determinar el sentido de las disposiciones normativas o regulatorias o, peor aún, con la finalidad de dotar de contenido al valor de Na es ilegal, fundamentalmente porque se estaría recurriendo a elementos que no constituyen fuentes de Derecho, nunca fueron publicados ni comunicados a las partes de esta controversia, ni son vinculantes jurídicamente a efectos de resolver la presente controversia. Es más, pretender incorporar estos medios probatorios violaría los principios de pertinencia de la prueba y de idoneidad de la prueba, conforme ya lo hemos señalado.
77. En ese sentido, debemos ser tajantes en afirmar que no puede pretenderse aplicar una falsa noción de lo que el principio de verdad material representa con la única finalidad de desconocer que en el Derecho rige el principio de legalidad; no como una mera formalidad, sino como una garantía real para todos los administrados. La verdad material no puede estar reñida con el principio general de validez de los reglamentos relativo a la imprescindible publicidad de las normas (aplicable por igual a las leyes y a los reglamentos, tal cual se ha establecido en la STC Exp. 2050-2002-AA/TC y en reiterada jurisprudencia constitucional), y tampoco con el principio de que los informes para ser considerados como parte válida de la motivación de los actos administrativos (en el supuesto negado que los proyectos y la Resolución Viceministerial sean considerados actos administrativos) deben ser identificados y publicados o comunicados al administrado destinatario del acto, como lo proclama el artículo 6.2 de la LPAG. Asimismo, la verdad material debe respetar los principios de pertinencia e

idoneidad de la prueba, aplicables perfectamente al presente procedimiento administrativo.

78. Sobre la base de lo expuesto solicitamos que SE DEJE SIN EFECTO LA INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OBSERVADOS A LA PRESENTE CONTROVERSIA. De lo contrario, se viciará irremediablemente de nulidad el futuro acto administrativo que se dicte para resolver esta controversia.

B) LA PRETENSIÓN ACCESORIA DE AZTECA DEBE DECLARARSE INFUNDADA

79. Conforme hemos señalado, no puede ampararse la primera pretensión principal de AZTECA, dado que – incluso si se aceptara la modificación del valor Na a 3 – dicho cambio opera desde el Mandato de Participación, con eficacia hacia adelante, nunca retroactiva.
80. Lo expuesto se fundamenta en lo señalado por mismo Cuerpo Colegiado y OSIPTEL, en el sentido que el Mandato de Participación tiene una naturaleza normativa que hace que le resulte aplicable la regla de irretroactividad que prevé el artículo 103° de la Constitución.
81. Asimismo, conforme hemos explicado, el mismo análisis que da lugar al Mandato de Participación, nos permite concluir que el mismo cobra eficacia recién con su emisión puesto que a nuestro entender se trata de un acto administrativo (como también lo reconoce la doctrina nacional como los profesores Alejandro Moscol y Víctor Baca), negándose totalmente que la modificación del valor Na pueda haber sido efectiva desde la firma del Contrato.
82. En ese sentido, considerando que la pretensión accesoria depende de la suerte de su primera pretensión principal, no cabe reconocer esta

pretensión accesoria, dado que los montos fueron correctamente pagados, en el entendido que el cambio opera hacia adelante y nunca de forma retroactiva.

83. Ahora bien, como sabe el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL se decidió “acoger la solicitud planteada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2018 a efectos de que se precisen los alcances de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal contenida en su escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2018”.
84. En otras palabras, se aceptó el cambio de pretensión accesoria, de manera que, “en defecto” de la devolución, se ordene que el monto reclamado por AZTECA sea compensado con los montos pendientes de pago a nuestro favor.
85. Al respecto, reiteramos lo señalado previamente, en el sentido que esta pretensión accesoria (modificada) debe seguir la suerte de su principal; por ende, debe declararse infundada.
86. Pero no sólo ello. El Cuerpo Colegiado debe reconocer que, para que proceda la compensación, se tienen que cumplir los requisitos que establece el artículo 1288 de nuestro Código Civil, a saber, deben tratarse de obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. En la medida que dichos requisitos no han sido acreditados por AZTECA en ningún momento, resulta evidente que el Cuerpo Colegiado no podrá emitir pronunciamiento de fondo amparando su pretensión.

87. Por estas razones, solicitamos al Cuerpo Colegiado que declare también infundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal formulada por AZTECA en su reclamación.

C) LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEBE DECLARARSE INFUNDADA

88. Como podrá advertir el Cuerpo Colegiado, lo señalado anteriormente resulta plenamente aplicable al análisis de esta pretensión, en la medida que nuevamente AZTECA pretende desconocer lo pactado libremente en el Contrato.

89. En efecto, es aplicable aquí también el artículo 62 de la Constitución que consagra la intangibilidad de los contratos. Considerando ello, es imposible que el Mandato de Compartición pueda modificar el Contrato válidamente celebrado.

90. Vale agregar que el pacto mediante el cual se estableció la vigencia por tres años de la contraprestación resulta ser un pacto plenamente válido al amparo de las normas vigentes. Pero no sólo ello, sino que fue un pacto negociado por AZTECA, conforme se ha acreditado documentalmente en este procedimiento.

91. Del mismo modo, es pertinente mencionar que es recién con el Mandato de Compartición que se modifica la cláusula de contraprestación para eliminar la referencia al plazo de vigencia de la contraprestación. Si bien estamos en desacuerdo con ello, AZTECA no puede desconocer que es recién con el Mandato que expresamente se modifica la cláusula.

92. En ese sentido, necesariamente ha de entenderse que dicho cambio rige hacia adelante. Así lo reconoce el mismo Mandato y lo ha reconocido

OSIPTEL al establecer que la naturaleza normativa del mandato hace aplicable la regla de irretroactividad.

93. En virtud de ello, pedimos al Cuerpo Colegiado que declare infundada también la segunda pretensión principal planteada por AZTECA en su reclamación.

POR TANTO:

Solicitamos al Cuerpo Colegiado que tenga presente lo expuesto y, en su oportunidad, declare infundada la reclamación de AZTECA en todos sus extremos.

OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos se nos conceda el **USO DE LA PALABRA EN AUDIENCIA** por un espacio de 30 minutos para exponer sobre el fondo de la controversia, para lo cual autorizamos a nuestros abogados: **RAMÓN ALBERTO HUAPAYA TAPIA**, con Registro CAL 40204; **NÉSTOR RAÚL SHIMABUKURO TOKASHIKI**, con Registro CAC 9897; **OSCAR ALBERTO ALEJOS GUZMÁN**, con Registro CAC 10320; y, **DIANA VERÓNICA ATTILANO FLORES**, con Registro CAL 77240.

Lima, 10 de marzo de 2020

C'M'S' GRAU
Ramón Alberto Huapaya Tapia
.....
RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA
CAL. N° 40204



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 033-2020-CCO/OSIPTEL

Lima, 21 de julio de 2020

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Enel Distribución Perú S.A.A.

SUMILLA: “Se declara **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A.,

Las pretensiones de AZTECA consistieron en que se declare que la contraprestación periódica fijada en el marco del Contrato de Compartición excede a lo previsto en la regulación respecto del denominador “Na”, y, consecuentemente, se le devuelva lo pagado en exceso respecto de las estructuras eléctricas arrendadas por un monto ascendente a US\$ 595,126.93.

Sobre el particular se dispone la devolución del exceso pagado respecto de doscientos noventa y un (291) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017, por el importe de S/ 12,345.67 sin IGV. Ello en virtud a que se facturó considerando un “Na” igual a 1 a pesar de que a esa fecha habían otros arrendatarios en dichas instalaciones.

Se declara **FUNDADA** la segunda pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. referida a que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., y Enel Distribución Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resoluciones N° 191-2018-CD/OSIPTEL y N° 058-2019-CD/OSIPTEL, de fechas 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, respectivamente, para resolver la controversia presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha.

**VISTO:**

El Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI.

CONSIDERANDO:**I. PARTES DEL PROCEDIMIENTO**

Empresa reclamante: AZTECA, es una empresa privada concesionaria del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, Proyecto de Red Dorsal), para la instalación y operación de una red de fibra óptica, en virtud del contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), con fecha 17 de junio de 2014.

Empresa reclamada: ENEL, es una empresa privada concesionaria del servicio público de electricidad para la zona norte de Lima Metropolitana, la provincia constitucional del Callao y las provincias de Huaura, Huaral, Barranca y Oyón.

II. ANTECEDENTES

1. El 20 de julio de 2012, se publicó la Ley N° 29904, denominada Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha).
2. El 4 de noviembre de 2013, se publicó el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha). En el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha se estableció la *“Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”*.
3. Con fecha 9 de noviembre de 2015, la empresa AZTECA celebró con la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – EDELNOR (ahora, ENEL¹) el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica” (en adelante, el Contrato de Compartición), en el marco de la Ley de Banda Ancha, y su reglamento. En el referido contrato las partes acordaron las condiciones de acceso, uso y remuneración de la infraestructura eléctrica de titularidad de EDELNOR (ahora, ENEL) a favor de AZTECA, para el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta en el marco del Contrato de Concesión del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
4. Mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 5 de agosto de 2017, se modificaron los valores de las variables “m” y “f” de la *“Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”*, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

¹ En consecuencia, al cambio de denominación social de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR) a Enel Distribución Perú S.A.A., el cual se llevó a cabo en octubre del año 2016.



5. El 5 de octubre de 2017, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición, a fin de que se modificara la contraprestación mensual exigida por ENEL, fijada inicialmente en el Contrato de Compartición.
6. Mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL, sustentado en el Informe N° 00057-GPRC/2018 del 28 de febrero de 2018 (en adelante, Mandato de Compartición).
7. Por escrito de fecha 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, derivadas de la incorrecta aplicación de las normas de compartición, en específico, del valor del denominador “Na” contenido en la fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual constituye un precio máximo regulado. Al respecto, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:
 - **Primera pretensión principal.** - *Se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.*

Sobre el particular, AZTECA señala que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador “Na” se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3).
 - **Pretensión accesoria de la primera pretensión principal².**- *Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato.*
 - **Segunda pretensión principal.** - *Se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, específicamente el extremo referido a que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 de dicho contrato tendría una vigencia mínima de 3 años, no resulta exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.*
8. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ENEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y, a su vez, dispuso correr traslado de la reclamación a ENEL, a fin de que proceda a contestarla en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
9. Por escrito presentado el 4 de octubre de 2018, ENEL contestó la reclamación presentada por AZTECA y dedujo excepción de convenio arbitral, así como la suspensión del presente procedimiento hasta que se resuelva el proceso contencioso administrativo seguido por ENEL contra el OSIPTEL y AZTECA por la validez del Mandato de Compartición. Asimismo, indicó que en la Resolución N° 001-2018/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2018, se debe precisar que la pretensión referida a la devolución de lo pagado en exceso debe ser accesoria y no subordinada.

2

Por Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió rectificar el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, al haberse consignado la devolución del monto pagado en exceso como una pretensión subordinada en lugar de accesoria.



10. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL del 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió tener por presentado y agregar al expediente el escrito remitido con fecha 4 de octubre de 2018 por ENEL y correr traslado del mismo a fin de que AZTECA se pronuncie en un plazo de cinco (5) días hábiles. Asimismo, rectificó el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, al haberse consignado la pretensión referida a la devolución del presunto monto pagado en exceso como pretensión subordinada en lugar de accesoria a la pretensión principal.
11. A través del escrito presentado el 16 de octubre de 2018, AZTECA solicitó rectificar el error material incurrido en el numeral 3 la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL. Asimismo, requirió se considere como parte de dicha pretensión accesoria, la compensación con obligaciones de pago existentes a la fecha o las que se originen a futuro, a efectos de brindar una modalidad adicional a la devolución del monto cobrado en exceso por el uso de la infraestructura de ENEL.
12. Mediante Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL del 22 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió disponer se esté a lo resuelto en el Artículo Segundo de la Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, que rectificó el error material incurrido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, así como acoger la solicitud planteada por AZTECA respecto de que se precisen los alcances de la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en su escrito de reclamación, quedando redactada de la siguiente manera:
 - **“Pretensión accesoria de la primera pretensión principal.- Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595, 126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato o, en su defecto se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá ENEL a AZTECA en el futuro por el uso de infraestructura.**
13. Mediante escrito presentado el 5 de noviembre de 2018, ENEL interpuso recurso de reconsideración a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declare la nulidad de la Resolución N° 003-2018-CCO-OSIPTEL/2018, al considerar que se había vulnerado su derecho de defensa.
14. Mediante Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, del 27 de noviembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros aspectos, declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL, toda vez que la misma no ha vulnerado un derecho o interés legítimo que le cause indefensión.
15. Mediante Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió requerir a las partes información que permita identificar las materias sometidas al proceso arbitral aludido por ambas partes del procedimiento.
16. Por escrito presentado el 11 de diciembre de 2018, ENEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL (en adelante, TSC) declare su nulidad y acepte su pedido de fondo, dejando sin efecto la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL.



17. A través de la Resolución N° 010-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, y remitir los actuados al TSC.
18. Mediante escrito presentado con fecha 16 de enero de 2019, AZTECA solicitó al TSC acepte el desistimiento de su pedido de precisión de la pretensión accesorio de su primera pretensión principal, efectuado mediante su escrito N° 2 y, en consecuencia, declare la sustracción de la materia del recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL.
19. A través de la Resolución N° 002-2019-TSC/OSIPTEL, de fecha 23 de enero de 2019, el TSC declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL.
20. Mediante escrito presentado con fecha 11 de febrero de 2019, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc dejar sin efecto el desistimiento de su pedido de precisión de la pretensión accesorio de su primera pretensión principal, planteado en su escrito de fecha 16 de enero de 2019, a efectos de que se continúe con la tramitación del presente procedimiento.
21. A través de la Resolución N° 011-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 14 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros aspectos, aceptar el pedido formulado por AZTECA, consistente en dejar sin efecto el desistimiento planteado en su escrito de fecha 16 de enero de 2019.
22. Mediante escrito presentado con fecha 25 de febrero de 2019, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL.
23. Por Resolución N° 013-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 28 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL.
24. Mediante Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc citó a las partes al Informe Oral a realizarse el día jueves 4 de abril de 2019, a fin de que presenten sus argumentos respecto de la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL.
25. Con escrito del 3 de abril de 2019, AZTECA informó que, en el proceso arbitral iniciado contra AZTECA, el Tribunal Arbitral ha emitido un laudo que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero y, en consecuencia, se habría declarado incompetente para conocer la materia controvertida, debido a que éstas se encontrarían relacionadas o vinculadas a materias de competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL. Por tanto, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc que considere los argumentos desarrollados en su escrito, a fin de desestimar la excepción deducida por ENEL, para lo cual adjuntó copia del referido laudo arbitral.
26. Por escrito de fecha 11 de abril de 2019, ENEL interpuso una tacha contra el referido laudo arbitral, con la finalidad de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc excluya dicho documento del análisis para resolver la presente controversia.



27. Mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 29 de mayo de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió declarar: (i) improcedente la tacha interpuesta por ENEL, (ii) infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, e (iii) infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento planteada por ENEL.
28. Por Resolución N° 019-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 19 de junio de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dio inicio a la etapa conciliatoria. En consecuencia, citó a AZTECA y a ENEL para que, por medio de sus representantes debidamente acreditados, participen en la Audiencia de Conciliación que se llevaría a cabo el día miércoles 3 de julio de 2019, en la sede del OSIPTTEL.
29. A través de escrito presentado el 1 de julio de 2019, AZTECA comunicó que no asistiría a la Audiencia de Conciliación prevista para el 3 de julio de 2019 y solicitó al Cuerpo Colegio Ad Hoc no entender su escrito como un pedido de reprogramación de la referida Audiencia y continuar con el procedimiento, considerando que como reclamante no cuentan con ninguna fórmula conciliatoria que proponer³.
30. En atención al escrito presentado por AZTECA, mediante Resolución N° 020-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 9 de julio de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dio inicio a la Etapa Probatoria por un plazo de sesenta (60) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Solución Controversias.
31. Por Resolución N° 021-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 22 de julio de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los puntos controvertidos y citó a las partes a la Audiencia de Pruebas a realizarse el día 7 de agosto de 2019.
32. A través del escrito presentado con fecha 2 de agosto de 2019, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 021-2019-CCO/OSIPTTEL, y solicitó la suspensión de la Audiencia de Pruebas.
33. Mediante Resolución N° 022-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 9 de agosto de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 021-2019-CCO/OSIPTTEL del 22 de julio de 2019 y, cito a las partes a la Audiencia de Pruebas a realizarse el día 26 de agosto de 2019.
34. Con escrito presentado el 21 de agosto de 2019, ENEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 022-2019-CCO/OSIPTTEL, a fin de que el TSC revise su legalidad y declare su nulidad. Asimismo, solicitó la suspensión de la Audiencia de Pruebas hasta que se resuelva su recurso.
35. Mediante Resolución N° 023-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 22 de agosto de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 022-2019-CCO/OSIPTTEL, remitir los actuados al TSC y dejar sin efecto la Audiencia de Pruebas prevista para el 26 de agosto de 2019.
36. Por Resolución N° 020-2019-TSC/OSIPTTEL, de fecha 25 de setiembre de 2019, el TSC declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la

³ Cabe indicar que, mediante Oficio N° 384-STCCO/2019 y N° 385-STCCO/2019, ambos del 2 de julio de 2019, la STCCO comunicó a AZTECA y ENEL, respectivamente, que se dejaba sin efecto la programación de la Audiencia de Conciliación prevista para el 3 de julio de 2019.



Resolución N° 022-2019-CCO/OSIPTEL, al considerar que no se verifica que la fijación de puntos controvertidos exponga a ENEL a una situación de indefensión, que permita concluir que concurre la condición de procedencia de dicho recurso de apelación.

37. A través de la Resolución N° 024-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 14 de octubre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc citó a las partes para que, a través de sus representantes debidamente acreditados, participen en la Audiencia de Pruebas a realizarse el día viernes 25 de octubre de 2019.
38. Al respecto, conforme consta en el acta que obra en el presente expediente, el 25 de octubre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes hasta la realización de dicho acto, dejando a salvo la posibilidad de presentar medios probatorios adicionales hasta la culminación de la Etapa Probatoria.
39. Mediante Resolución N° 025-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 5 de noviembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc puso en conocimiento de las partes, el detalle de los medios probatorios admitidos en la Audiencia de Pruebas del 25 de octubre de 2019.
40. Con Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de noviembre de 2019, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc solicitó a las partes que cumplan con remitir información como medios probatorios de oficio, en un plazo máximo de siete (7) días hábiles. Asimismo, amplió el plazo de la Etapa Probatoria por treinta (30) días hábiles adicionales, que serían computados a partir del día siguiente del vencimiento del plazo establecido por la Resolución N° 020-2019-CCO/OSIPTEL.
41. Por escrito de fecha 2 de diciembre de 2019, **AZTECA presentó mayores argumentos para ser tomados en consideración por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc al momento de resolver su reclamación.**
42. Mediante escrito recibido con fecha 3 de diciembre de 2019, AZTECA absolvió el requerimiento de información efectuado mediante Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL.
43. Por escrito presentado con fecha 13 de diciembre de 2019, ENEL absolvió el requerimiento de información efectuado mediante Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL.
44. Con escrito presentado con fecha 16 de diciembre de 2019, ENEL subsanó su escrito de fecha 13 de diciembre de 2019, señalando que debido a un error involuntario no ingresó el soporte magnético en formato CD con los anexos.
45. Mediante Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de diciembre de 2019, este órgano colegiado resolvió reiterar a ENEL que cumpla con presentar cierta información solicitada en la Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles.
46. A través del Oficio N° 735-STCCO/2019, de fecha 31 de diciembre de 2019, la STCCO puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc información obrante



en los Expedientes N° 012-2018-CCO-ST/CI⁴ y N° 004-2018-CCO-ST/CI⁵, a fin de determinar su inclusión en la presente controversia, como elementos que coadyuven a definir la cuestión controvertida.

47. Por escrito presentado con fecha 6 de enero de 2020, ENEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTEL, a fin de que el TSC revoque el requerimiento de información contenido en la mencionada resolución.
48. Mediante Resolución N° 029-2020-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de enero de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por ENEL contra la Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 20 de diciembre de 2019. Asimismo, dispuso reiterar a ENEL que cumpla con presentar información requerida en el numeral 13 de la Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTEL, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles.
49. Por escrito presentado con fecha 23 de enero de 2020, ENEL en atención al requerimiento de información efectuado mediante Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTEL, brindó información contenida en un Soporte CD-ROM. No obstante, dicha empresa no cumplió con atender a cabalidad el requerimiento de solicitud formulado.
50. En atención a ello, a través de la Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de febrero de 2020, este órgano colegiado requirió a ENEL, bajo apercibimiento de incurrir en infracción⁶, que en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, remita información detallada respecto al número de arrendatarios que conjuntamente compartieron con AZTECA estructuras eléctricas de ENEL, durante el periodo de la controversia.
51. Con escrito presentado con fecha 19 de febrero de 2020, ENEL indicó absolver el requerimiento de información efectuado mediante Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL.

⁴ Procedimiento de Solución de Controversias entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y el Statkraft Perú S.A. e Inversiones Shaqsha S.A.C.

⁵ Procedimiento de Solución de Controversias entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Consorcio Energético de Huancavelica S.A.

⁶ Tipificada en el artículo 15° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 89° del Reglamento de Solución de Controversias.

Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones

“Artículo 15.- Incumplimiento de resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias

La Empresa Operadora que incumpla las resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias, incurrirá en infracción muy grave, salvo que el órgano que emitió la resolución hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo”.

Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas

PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES COMETIDAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO

“Artículo 89.- Procedimiento. *El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final.*

(...)

Al procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas dentro del procedimiento, le serán aplicables las disposiciones previstas en el presente Reglamento, así como el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, en cuanto resulten pertinentes”.



52. Mediante Resolución N° 031-2020-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de febrero de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros, dar por concluida la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgar a las partes el plazo de siete (07) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos y/o soliciten el uso de la palabra.
53. Por **escritos presentados con fecha 11 de marzo de 2020, AZTECA y ENEL, respectivamente, presentaron sus alegatos**, a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc los tenga en consideración al momento de resolver la presente controversia, y, además solicitaron el uso de la palabra.
54. **En el marco de la Emergencia Sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA⁷, con el Decreto de Urgencia N° 026-2020⁸, modificado por Decreto Supremo N° 076-2020-PCM⁹ y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM¹⁰ se dispuso la suspensión del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos hasta el 10 de junio de 2020.**
55. Cabe indicar que, en atención a lo solicitado por la Secretarí Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), AZTECA y ENEL autorizaron la notificación electrónica de los actos emitidos en el presente procedimiento, brindando para ello las respectivas cuentas de correo electrónico como domicilio procesal.
56. En aplicación de los principios de impulso de oficio y celeridad, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc procedió a dar atención a las solicitudes de uso de la palabra formuladas por AZTECA y ENEL, mediante Resolución N° 032-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de junio de 2020, a través del cual resolvió convocar a Informe Oral a realizarse el día 15 de junio de 2020, mediante la plataforma digital “Microsoft Teams” de acuerdo al “Protocolo para la realización en forma virtual de reuniones externa, informes orales y audiencias, durante el Estado de Emergencia Sanitaria y vigencia de restricciones que establezca el Gobierno a fin de prevenir el contagio del COVID-19”¹¹.
57. Al respecto, conforme consta en el acta que obra en el presente expediente, el 15 de junio de 2020, se llevó a cabo la audiencia de informe oral en forma virtual a través de la plataforma digital “Microsoft Teams” convocada mediante Resolución N° 032-2020-CCO/OSIPTEL. Cabe indicar que, en atención a las preguntas

⁷ Publicado el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020

⁸ Publicado el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020.

⁹ Publicado el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril de 2020.

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de mayo de 2020:

“Artículo 1. Prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulado en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM

Prorrogar hasta el 10 de junio del 2020 la suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente norma, regulado en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM.”

¹¹ Cabe indicar que, la STCCO comunicó a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc que con fecha 30 de abril de 2020, la Gerencia General del OSIPTEL aprobó el “Protocolo para la realización en forma Virtual de Reuniones Externas, Informes Orales y Audiencias durante el Estado de Emergencia Sanitaria y vigencia de restricciones que establezca el Gobierno”, según el cual tales diligencias deben llevarse a cabo de manera virtual utilizando la plataforma “Microsoft Teams”.



formuladas a las partes por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc en el referido informe oral, estas se comprometieron con atender las mismas por escrito a la brevedad posible.

58. Considerando lo indicado por los representantes de AZTECA y ENEL en la audiencia de Informe Oral, mediante cartas N° 00046-STCCO/2020 y N° 00047-STCCO/2020, de fecha 16 de junio de 2020, la STCCO solicitó a las partes que cumplan con remitir la información que quedó pendiente por presentar en la audiencia de informe oral.
59. Mediante escritos remitidos con fecha 19 de junio de 2020, AZTECA y ENEL absolvieron los requerimientos de información efectuados mediante cartas 00046-STCCO/2020 y 00047-STCCO/2020, respectivamente, brindando ambas empresas mayor alcance sobre las preguntas que les fueron planteadas en la audiencia de informe oral.
60. Considerando que en la referida audiencia, AZTECA y ENEL como parte de sus alegatos hicieron referencia a la Resolución N° 021-TSC/OSIPTEL, emitido por el TSC con fecha 28 de octubre de 2019, recaída en el Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI, mediante Oficio N° 170-STCCO/2020, de fecha 22 de junio de 2020, la STCCO puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc la referida resolución y los escritos presentados por ENEL y AZTECA con fecha 19 de junio de 2020.
61. Con fecha 26 de junio de 2020, ENEL presentó argumentos adicionales relacionados con la información brindada por AZTECA mediante escrito presentado con fecha 19 de junio de 2020.
62. A través de la carta N° 00060-STCCO/2020, de fecha 30 de junio de 2020, la STCCO puso en conocimiento de AZTECA el escrito presentado por ENEL con fecha 26 de junio de 2020.
63. Con fecha 7 de julio de 2020, AZTECA presentó un escrito que absuelve la información remitida por ENEL mediante sus escritos presentados con fechas 19 y 26 de junio de 2020.
64. Mediante carta N° 00066-STCCO/2020, de fecha 8 de julio de 2020, la STCCO puso en conocimiento de ENEL el escrito presentado por AZTECA con fecha 7 de julio de 2020.
65. Con fecha 15 de julio de 2020, ENEL absolvió los argumentos de AZTECA, presentados mediante su escrito del 7 de julio de 2020.
66. Mediante carta N° 00086-STCCO/2020, de fecha 20 de julio de 2020, la STCCO puso en conocimiento de AZTECA el escrito presentado por ENEL con fecha 15 de julio de 2020.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

67. Mediante Resolución N° 021-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de julio de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los siguientes puntos controvertidos, en virtud a los hechos expuestos por las partes a través de sus escritos:
 - (i) Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal



Nacional de Fibra Óptica de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, La Metodología).

- (ii) Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología.
- (iii) De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología, determinar el monto que corresponde a ENEL devolver a AZTECA.
- (iv) Determinar si el marco normativo permite a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1. POSICIÓN DE AZTECA

68. En el curso del presente procedimiento, AZTECA ha desarrollado principalmente los siguientes fundamentos que pueden ser agrupados de la siguiente manera respecto de los puntos controvertidos:

(i) Respecto a si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- Si bien la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley Banda Ancha no precisa expresamente qué debe entenderse por el “número de arrendatarios” (“Na”) de la infraestructura eléctrica, se puede concluir el valor del denominador “Na” en atención a su razonamiento económico. Así, al establecer la Metodología contenida en el Anexo N°1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el MTC asumió que el valor de denominador “Na” sería igual a tres (3), debido a que consideró que los valores de las variables de la Metodología se fijaron bajo el supuesto de la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica.

(ii) Respecto a si para el cálculo de la contraprestación periódica exigida a AZTECA por el uso compartido de infraestructura de ENEL, se consideró el valor del factor “Na” conforme a La Metodología.

- Según AZTECA, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc debe realizar lo siguiente: (i) evaluar el razonamiento económico de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha; (ii) determinar cuál es el valor correcto del denominador “Na” en atención al marco normativo vigente; (iii) aplicar la Metodología a fin de concluir cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura; (iv) verificar si la retribución exigida por ENEL superó el precio máximo; (v) si se exigió una contraprestación mayor al tope máximo, ordenar la devolución de los montos pagados en exceso; y, (vi) concluir si es que las partes podrían pactar que no se modifique la retribución fijada inicialmente en el Contrato de Compartición.
- Los valores de las variables “f” y “m” de la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fueron modificados por la



Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. La referida modificación se sustentó en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el cual desarrolló el razonamiento económico de dicha fórmula, evidenciando que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos.

- De este modo, considerando que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 solo modificó los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el denominador “Na” mantiene el mismo valor desde la emisión del referido reglamento, por lo que AZTECA se percató que se encontraba realizando pagos por encima del precio máximo reglamentario a favor de ENEL – hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición– excediendo el precio máximo, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na” como uno (1), en lugar de tres (3).
- En el Informe N° 292-2017-MTC/26 se señala que, para determinar el costo incremental se parte de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura es de tres (3) cables. De esta manera, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables por el uso de tres (3) arrendatarios tiene impacto de 18.3% (valor del factor “f”) sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torres/Poste (desgaste de la torre). Así, para determinar el costo incremental que genera un cable en la infraestructura, el denominador “Na”, del factor “B”-que representa el factor de distribución de los costos-, debe ser necesariamente igual a tres (3).
- La explicación anterior tiene pleno asidero en el Informe N° 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013, el cual no tiene la calidad de exposición de motivos, pero [que] constituye el sustento técnico, económico y normativo de la propuesta del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En dicho informe, no se consignó expresamente el valor del denominador “Na”; sin embargo, se estableció un parámetro para determinar la relación entre las variables “f” y “Na” de la Metodología, así como también permite concluir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).
- El factor “Na” no está en función del número de arrendatarios existentes en la estructura sino del presupuesto de la variable “f” del cual parte la Metodología, que resulta ser igual a tres (3).
- De esta manera, el Informe N° 251-2013-MTC/26 desarrolló la lógica para determinar el valor del factor “f”, para lo cual se asumió que, en promedio, toda infraestructura eléctrica podía alojar hasta tres (3) cables de fibra óptica, incluso para el caso de los postes de baja tensión, optando para efectos de regulación tarifaria por un número fijo, a pesar de los diversos factores que podrían impactar en la capacidad real de la infraestructura. Así, en el referido Informe no se han analizado múltiples posibilidades, de modo que no exista certeza de cual asumió el MTC, solo se estudió la alternativa relacionada a la existencia de tres (3) cables de fibra óptica apoyados en la infraestructura eléctrica.
- El factor “f” constituye el porcentaje vinculado al peso de los cables de fibra óptica que se apoyan en una determina infraestructura, para calcular el costo incremental por compartición. Por su parte, el denominador “Na”



corresponde al número de arrendatarios entre los que se distribuye dicho costo incremental, de acuerdo al número de cables existentes. Así, si la Metodología asumió la existencia de tres (3) cables para calcular el valor “f”, dicho costo debe dividirse entre tres (3), a fin de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) arrendatario.

- De acuerdo con lo anterior, el valor de la variable “f” siempre fue asumido en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica, lo cual no se modificó con el Informe N° 292-2017-MTC/26; por el contrario, dicho informe reafirma que el valor de 18.3% asignado para la variable “f” representa el costo incremental que generarían tres (3) cables de fibra óptica en el mantenimiento de la infraestructura. Es así que AZTECA no debe pagar por el desgaste ocasionado por tres (3) cables de fibra óptica, cuando solo apoya uno (1).
- El Informe N° 292-2017-MTC/26 no solo expresa que se asume que la infraestructura cuenta con el apoyo de tres (3) cables/ tres (3) arrendatarios, además menciona que este criterio fue establecido en el Informe N° 251-2013-MTC/26, por lo que el MTC estableció un valor a “f” considerando el peso de tres (3) cables de fibra óptica desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- El MTC no consignó en la Metodología, de forma expresa el valor del denominador “Na” como igual a tres (3), debido a que es una variable abierta, dinámica y cambiante, que al estar conectado con la variable “f” origina que la distribución del costo incremental dependa siempre del cálculo del costo extra que se genera al titular de la infraestructura. Así, en el proyecto de Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03 se propuso un valor de 4.3 % para el factor “f”, en tanto se consideró el peso de un cable; por lo que, si se hubiera aprobado esa modificación, el denominador “Na” habría sido igual a (1). Similar situación sucedió con el proyecto de Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC y el proyecto de Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03.
- Por su parte, en los mandatos de compartición, el Consejo Directivo del OSIPTEL, señaló que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), fundamentando su decisión en la normativa vigente; en los informes que sustentan dicha normativa, particularmente, en el Informe N° 292-2017-MTC/26; y en un criterio de eficiencia, a fin de que cada arrendatario pague exclusivamente por el costo incremental generado. Considerando que el valor del denominador “Na” no ha sido modificado y que el Consejo Directivo ha fundamentado su decisión en la normativa vigente aplicable al Contrato de Compartición desde su suscripción, las partes debieron considerar un valor igual a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición.
- En el caso en particular del Mandato de Compartición aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018, se precisó cual es la manera correcta de aplicar La Metodología para determinar la contraprestación máxima legal (vigente desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, es decir desde la suscripción del Contrato de Compartición), señalando que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).



- En esa misma línea, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC, a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03¹², del 2 de octubre de 2017, reconoció que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), con independencia del número efectivo/real de arrendatarios, con el fin de aclarar a las empresas eléctricas el correcto valor de dicho denominador.
- Por otro lado, de la revisión del Anexo N° 2 del Informe que sustentó el Mandato de Compartición, podemos advertir que la información sobre los costos totales de operación y mantenimiento de las infraestructuras evidencian lo siguiente: i) que ENEL debe asumir – solo por ser titular de la infraestructura- un costo anual de US\$ 725,489.00, por operación y mantenimiento de la infraestructura que comparte con AZTECA y ii) que desde el inicio de la relación de compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición, ENEL facturó a AZTECA un monto anual de US\$ 612,328 utilizando un “Na” igual a uno (1). Por tanto, como se puede apreciar, los US\$ 612,328 exigidos por ENEL como contraprestación, representa el 84.40% del costo total que asume ésta por operación y mantenimiento como titular de la infraestructura.
- Desde la emisión del Mandato de Compartición, el Consejo Directivo modificó la contraprestación a US\$ 52,418, monto que representa el 7.23% del costo total (US\$ 725,489) que asume ENEL por operación y mantenimiento como titular de la infraestructura. Ello, guarda relación con el razonamiento económico de la Metodología por el que AZTECA debe asumir la tercera parte del costo incremental de la variable “f” = 18.3% (3 cables); es decir, representa el 7.23% del costo total por operación y mantenimiento que debe asumir la empresa eléctrica. En consecuencia, ENEL se ha encontrado exigiendo una contraprestación por encima del precio máximo legal e incluso mayor al 18.3% del costo regular de su operación y mantenimiento anual.
- En una controversia de similar naturaleza a la evaluada en el presente expediente, el TSC emitió la Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL¹³, de fecha 28 de octubre de 2019, en la cual señaló que lo pactado con las eléctricas excede el precio máximo, al considerar que el denominador “Na” es igual a tres (3). Asimismo, a través de dicha resolución se consideró que aun cuando las partes no hayan tomado conocimiento del Informe N° 251-2013-MTC/26, ello no implica que no tenga que ser tomado en cuenta; al contrario, este informe explica cómo debe entenderse la aplicación del “Na”. Así, dicho Tribunal señaló que el referido informe y su Matriz de Comentarios resultan plenamente pertinentes para evaluar los alcances de la controversia.
- En la referida resolución, el TSC agrega que respecto de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, el TSC refirió que su importancia reside en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que le sirve de sustento, y ratifica la correcta interpretación de la metodología desde la fecha de la publicación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En efecto, dicho Tribunal sostuvo que desde la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26

¹² Oficio N° 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, remitido por el Viceministro de Comunicaciones, señor Carlos Valdez Velásquez-López, al presidente del Comité Sectorial Eléctrico de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, el señor Carlos Temboury Molina.

¹³ Resolución recaída en el Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI.



se puede advertir con mayor claridad que el valor de la variable “f” fue dimensionado teniendo en cuenta el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica; precisamente en esa oportunidad se señaló de manera expresa que el parámetro “f” se calculó tomando en cuenta la existencia de tres (3) arrendatarios.

- Adicionalmente, el TSC ha señalado que la valoración de la opinión emitida por el MTC a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03, sirve de sustento para resolver la controversia. Asimismo, sostuvo que dicha opinión corrobora que el valor del “Na” es igual a tres (3), siendo que el MTC no delimita el periodo de valoración del “Na” para adelante, sino estima que este es el valor que corresponde a esta variable dese la formulación inicial de la Metodología.
- Para el TSC si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado al denominador “Na”, a partir de su revisión integral y teniendo en cuenta la información contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es posible concluir que la regulación de contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3).

(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología, determinar el monto que corresponde a ENEL devolver a AZTECA.

- Si bien en el Contrato de Compartición se señaló que la contraprestación fue determinada de acuerdo a la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el monto de la contraprestación no guarda correspondencia con el resultado de una correcta determinación de dicha Metodología, pues excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que se podía exigir.
- AZTECA considera los valores utilizados por el Consejo Directivo en el Mandato de Compartición para calcular la correcta contraprestación que debió pagar a ENEL, elaborando para ello un cuadro que muestra que, durante el periodo de la controversia, AZTECA pagó un monto de US\$ 652,299.11, cuando ENEL sólo le podía exigir como contraprestación un monto máximo de US\$ 57,172.18. En consecuencia, según AZTECA se debe ordenar la devolución o, en su defecto, la compensación, de un monto ascendente a US\$ 595,126.93, el cual corresponde a lo pagado en exceso por el uso de la infraestructura de ENEL, durante la relación de compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.

(iv) Respecto a si el marco normativo permite a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

- La Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en el extremo referido a la vigencia mínima de tres (3) años de la contraprestación periódica que AZTECA se encontraba obligada a abonar a ENEL, contraviene lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento. En ese sentido, considerando que dicho marco normativo se encontraba vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, la ilegalidad e inexistencia de dicho pacto deberá considerarse desde adoptado el acuerdo por



tratarse de una condición manifiestamente contraria a la normativa vigente.

- La prohibición de modificar la contraprestación periódica resulta ilegal toda vez que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha prevé que la máxima retribución legalmente exigible puede variar ante el cambio de los valores asignados a las variables de La Metodología. En efecto, el Anexo N° 1 del referido reglamento ha contemplado la posibilidad de que los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” de la Metodología sean modificadas por resolución del Viceministro de Comunicaciones, por ello fijar un monto como retribución inamovible conllevaría acordar la inobservancia de una norma vigente. En consecuencia, cualquier pacto que busque que las normas imperativas no sean aplicables para el caso en concreto es inválido, por lo que resulta inexigible en el marco de una relación de compartición.
- El Reglamento de la Ley de Banda Ancha, establece en su artículo 30° que, la retribución máxima exigible resultante de la aplicación de La Metodología, deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación. Asimismo, el artículo 7° de la Ley N° 28295 – “*Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones*”, reconoce el principio de no discriminación, el cual garantiza que el “*titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes*”. En tal sentido, en toda relación de compartición se debe respetar el “*Principio de No Discriminación*”.
- Con la emisión del Mandato de Compartición, el Consejo Directivo estableció que la exigencia de mantener una contraprestación por un periodo determinado, prohibiendo su modificación en cualquier caso, sea por modificación normativa, acuerdo de las partes o emisión de un mandato de compartición, resulta manifiestamente ilegal en tanto contraviene el “*Principio de No Discriminación*” y la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo I del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la cual prevé la posibilidad de modificar las variables de la Metodología que determina la máxima contraprestación exigible.
- El Consejo Directivo del OSIPTEL señaló en su Mandato de Compartición que el “*Principio de No Discriminación*” garantiza que no se fijen valores de contraprestaciones que sean inamovibles en el tiempo, puesto que podría generar disparidad entre los operadores de telecomunicaciones. Ello, toda vez que las relaciones de compartición con una retribución inamovible, pese a una modificación eventual de los valores de las variables de La Metodología, podrían resultar con una contraprestación con un monto mayor al máximo. En ese sentido, el Consejo Directivo del OSIPTEL ha reconocido que someter la contraprestación a tres (3) años de vigencia mínima resulta contrario al principio de no discriminación.
- En atención a la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a que la contraprestación por uso compartido de infraestructura se sujete a una vigencia mínima, el Consejo Directivo, a través del Mandato de Compartición, modificó el Contrato de Compartición en este extremo, eliminando dicha exigencia.



- Así como ha sido reconocida la ilegalidad e inexigibilidad del pacto referido a una vigencia mínima de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición por parte del Consejo Directivo mediante el Mandato de Compartición, corresponde que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc señale expresamente y con claridad que dicha exigencia contractual siempre fue inexigible por tratarse de una condición manifiestamente contraria a la normativa vigente en materia de uso compartido de infraestructura.

4.2. POSICIÓN DE ENEL

69. ENEL solicitó que se declare infundada la reclamación presentada por AZTECA, para lo cual, durante el curso del presente procedimiento, ha desarrollado principalmente los siguientes fundamentos en relación con los puntos controvertidos:

(i) Respecto a si la determinación del valor del denominador “Na” se encuentra previsto en La Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- ENEL sostiene que ni la Ley de Banda Ancha ni su reglamento establecen que el denominador “Na” tenga un valor constante igual a tres (3). Por tanto, refiere que la determinación del valor del denominador “Na” igual a uno (1), utilizado para el cálculo de la contraprestación periódica por tipo de infraestructura fijada en el Contrato de Compartición, parte de la aplicación correcta de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

(ii) Respecto a si para el cálculo de la contraprestación periódica exigida a AZTECA por el uso compartido de infraestructura de ENEL, se consideró el valor del factor “Na” conforme a la Metodología.

- El cálculo de la contraprestación periódica exigida a AZTECA por el uso compartido de infraestructura se fijó de forma legítima y de conformidad con el marco normativo vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición (La Ley de Banda Ancha y su reglamento). Por tanto, desconocer lo pactado por las partes implicaría una violación al principio de intangibilidad de los contratos que reconoce el artículo 62^o¹⁴ de la Constitución Política de 1993 (en adelante, la Constitución).
- Ni la Resolución Viceministerial N° 768- 2017-MTC/03 ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato de Compartición que se encuentra protegido por la intangibilidad de los contratos reconocida en el artículo 62° de la Constitución. El fundamento de esta norma constitucional se encuentra en la seguridad jurídica, entendida como el principio que garantiza la confiabilidad, calculabilidad y predictibilidad en el ordenamiento jurídico.

14

La Constitución

“Artículo 62.- Libertad de contratar

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. (...)”



- En el marco de los contratos, la seguridad jurídica parte de la premisa que, si las partes pactan teniendo como marco de referencia un ordenamiento jurídico dado, no pueden imponérseles un marco normativo que no tuvieron como referencia en un primer momento. En tal sentido, no existe aplicación retroactiva de las normas que pueda interferir en la ejecución de los contratos.
- El Cuerpo Colegiado Ad Hoc no puede amparar las pretensiones de AZTECA que buscan aplicar retroactivamente lo que supuestamente ha establecido la Resolución Viceministerial y el Mandato de Compartición.
- El valor del denominador “Na” que se ha reinterpretado posteriormente tanto en la Resolución Viceministerial y en el Mandato de Compartición no puede ser “de precisión” o aplicación “retroactiva” debido a que, al momento de la suscripción del Contrato, AZTECA y ENEL tomaron el valor del factor “Na” igual a uno (01) de acuerdo a la norma vigente de ese momento (La Ley de Banda Ancha y su reglamento).
- AZTECA pretende otorgarle al Mandato de Compartición una eficacia retroactiva, ello es lo que pretende al sostener que el pronunciamiento de OSIPTEL sería meramente declarativo, en el sentido que por lo dispuesto en el marco legal vigente a la fecha de celebración del contrato de compartición el factor “Na” siempre tuvo el valor equivalente a tres (3). Esto resulta un imposible legal de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 103¹⁵ de la Constitución y, los artículos 16¹⁶ y 17¹⁷ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) en el supuesto en el que se sostenga que los mandatos de compartición constituyen actos administrativos.
- Si bien el Mandato de Compartición modificó el valor del denominador “Na”, existen razones económicas y técnicas que sustentan que el valor del “Na” no debe ser equivalente a tres (3) como sostiene AZTECA.

15

La Constitución*“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho**“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.”*

16

TUO de la LPAG*“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.**16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.”*

17

TUO de la LPAG*“Artículo 17.- Eficacia anticipada del acto administrativo**17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.**17.2 También tienen eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda.”*



- La interpretación del denominador “Na” dentro del Mandato de Compartición desvincula la contraprestación mensual de los criterios de costo incremental y costo de operación y mantenimiento. Siempre que se asuma que el denominador “Na” implica la existencia de tres (3) arrendatarios colgados en la infraestructura, el operador de telecomunicaciones retribuirá solo una porción de los costos fijos en los que la empresa eléctrica incurre para la prestación del servicio, lo cual es una pérdida irreparable para la empresa eléctrica.
- Al emitirse el Mandato de Compartición no se ha considerado que el OPEX de la infraestructura tiene un componente fijo que no depende del número de espacios que puedan arrendarse. Es así que, el referido mandato no consideró criterios económicos relacionados a la demanda actual o potencial del servicio por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, sino solo únicamente se centró en la oferta de espacios disponibles.
- Asumir que el número de arrendatarios es igual a tres (3) carece de sustento técnico, toda vez que suponer que en todos los casos ENEL podrá soportar un total de tres (3) arrendatarios y obligarse a ello, podría representar potenciales incumplimientos en materia técnico – regulatoria. Ello considerando que ENEL se encuentra obligada a respetar la regulación vinculada a las medidas mínimas de seguridad permitidas entre los conductores soportados en su infraestructura, las cuales no podría cumplir si soporta tres arrendatarios.
- De tal modo, se evidencia que el análisis efectuado en el Mandato de Compartición sobre el denominador “Na”, si bien pudo haberse efectuado sobre la base de un ejercicio económico, queda claro que, desde la perspectiva técnica – regulatoria vinculada al sector de electricidad, no se ha cumplido con analizar el detalle de los costos, cargas y consecuencias de asignar arbitrariamente que el valor del “Na” es igual a tres (3).
- En tanto que ni la Ley de Banda Ancha, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, ni la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 establecieron un valor determinado para el denominador “Na”; y, siendo que por Oficio N° 579-2017-MTC, emitido por el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC (en adelante, DGRAIC), se señaló que el “Na” es igual al número de arrendatarios efectivos, el OSIPTEL ante dicha incertidumbre, a través del Mandato de Compartición, le asigna al “Na” valor equivalente a tres (3).
- No obstante, el Mandato de Compartición no establece que el denominador “Na” siempre tuvo un valor equivalente a tres (3); además, la interpretación que se da de los alcances de la Metodología en dicho documento, es de naturaleza constitutiva mas no declarativa, por lo que debe regir hacia adelante.
- Los documentos o antecedentes de trabajo vinculados a la aprobación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, así como los proyectos de Resolución Viceministerial de los años 2015 y 2017, que buscaban modificar las variables “m” y “f” de la metodología, no resultan pertinentes a efectos de resolver la presente controversia y no son vinculantes ni oponibles para ninguna de las partes en tanto que no formaron parte ni



fueron publicados conjuntamente con los dispositivos normativos aplicables a la presente controversia.

- Los informes en los cuales AZTECA sustenta su posición (N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26) no fueron publicados, tampoco tienen valor normativo ni funcionan de exposición de motivos; además, no tienen valor vinculante según lo dispuesto en el artículo 182^o18 del TUO de la LPAG, y menos aún señalan expresamente que el valor del “Na” es igual a tres (3).
- En aplicación del marco normativo vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, ENEL ha venido facturando a AZTECA sobre la base del criterio de interpretación del denominador “Na” en función a los arrendatarios efectivos o existentes en las estructuras eléctricas, razón por la cual le ha otorgado un valor equivalente a uno (1), toda vez que siempre se tuvo en cuenta un solo arrendatario.
- ENEL siempre ha tenido conocimiento de un único arrendatario efectivo (AZTECA), razón por la cual se consideró un denominador “Na” igual a 1. En ese sentido, si bien mediante escrito presentado con fecha 19 de febrero de 2020, ENEL indicó que en algunas de las estructuras de baja tensión tenían más arrendatarios, también precisó que no se tenía certeza respecto de la fecha en que dichos apoyos fueron instalados, dado que los mismos fueron detectados tiempo después al periodo que es objeto de discusión de la presente controversia, entre los años 2018 y 2019.
- Sobre el argumento alegado por ENEL respecto de que la retribución mensual fijada en el Contrato de Compartición representaría el 85% del costo total de la operación y mantenimiento de ENEL, no debe ser considerado por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, toda vez que dicho argumento se sostiene en medios probatorios no presentados oportunamente durante la etapa probatoria del presente procedimiento. Sin perjuicio de ello, la cifra brindada por AZTECA es inexacta e impertinente a los hechos del caso.
- AZTECA alega que para obtener el cálculo del porcentaje que representaría la retribución periódica facturada anualmente por ENEL respecto del costo total de la operación y mantenimiento de sus infraestructuras (85%), se utilizó información proporcionada por ENEL en el marco del procedimiento de emisión del Mandato de Compartición, lo cual es falso toda vez que la información que ENEL proporcionó sobre sus estructuras en el referido procedimiento versó solo sobre las cantidades y tipos empleados por AZTECA.
- El cálculo que representa el 85% del costo total de la operación y mantenimiento de ENEL, propuesto por AZTECA, posee defectos en los valores empleados o errores conceptuales en su determinación, así como errores en el ejercicio aritmético que señalan haber realizado. De esta manera, si AZTECA indicó que el costo anual pagado por concepto de

18

TUO de la LPAG**“Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes***182.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.**182.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.”*



arrendamiento ascendió a US\$ 612, 328, se verifica que en realidad dicho monto corresponde a trece (13) meses y no a doce (12) como propone.

- Finalmente, lo establecido por el TSC mediante Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL, emitida en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI, no constituye precedente administrativo de observancia obligatoria, por lo que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc al ser un órgano autónomo e independiente, y no encontrarse sometido jerárquicamente al TSC, no se encuentra obligado a seguir el criterio establecido en dicha resolución.

(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con La Metodología, determinar el monto que corresponde a ENEL devolver a AZTECA.

- Según ENEL, si se toma en cuenta que el valor de “Na” opera desde el Mandato de Compartición, con eficacia hacia adelante, no de manera retroactiva, entonces las contraprestaciones pactadas fueron correctamente pagadas en atención a la validez del Contrato de Compartición suscrito entre las dos partes.
- En ese sentido, considerando que la pretensión accesorias depende de la suerte de su primera pretensión principal, no cabe reconocer la pretensión referida a la devolución del importe facturado en exceso a AZTECA dado que los montos fueron correctamente pagados, en el entendido que el cambio del valor del “Na” opera desde el Mandato de Compartición hacia adelante y no de forma retroactiva.

(iv) Respecto a si el marco normativo permite a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

- AZTECA y ENEL se comprometieron a respetar el monto de la retribución pactada en el Contrato de Compartición por un periodo de tres (3) años, acuerdo que fue producto de una libre negociación entre las partes. De esta manera, el marco normativo vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición si permitía a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato tendría una vigencia mínima de tres (03) años.
- No es posible jurídicamente declarar la inexigibilidad del plazo de vigencia de la contraprestación pactada, pues de lo contrario, AZTECA estaría desconociendo su propia voluntad al momento del celebrar el Contrato con ENEL. Por ello, queda acreditado con los correos electrónicos que se adjuntaron al escrito de contestación de reclamo (Anexo 1-A), que AZTECA estuvo de acuerdo con la cláusula de mantener la vigencia mínima de tres años (03) de la contraprestación periódica fijada en el Contrato de Compartición.
- En este extremo, resulta plenamente aplicable el artículo 62° de la Constitución, que consagra la intangibilidad de los contratos; por lo que incluso no resultaría factible que el Mandato de Compartición pueda modificar el Contrato de Compartición.



- ENEL alega que, si bien no está de acuerdo con lo dispuesto por el Mandato de Compartición -sobre el cual existe un pedido de nulidad ante el Poder Judicial-, es recién con el referido mandato que se modificaría la cláusula de contraprestación para eliminar la referencia al plazo de vigencia mínima de la misma. En ese sentido, debe entenderse que dicho cambio rige hacia adelante, acorde con la regla de la irretroactividad.

70. Es importante indicar que, mediante el escrito de alegatos remitido por ENEL, con fecha 11 de marzo de 2020, la referida empresa adicionalmente presentó una cuestión previa por medio de la cual ha reiterado que la presente controversia no es de naturaleza regulatoria. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima pertinente abordar dicho cuestionamiento en el desarrollo de la presente resolución de manera previa al análisis de fondo de la controversia.

V. INFORMACIÓN OBRANTE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

71. En la Audiencia de Pruebas realizada el 25 de octubre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc comunicó la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes hasta dicho acto, dejando a salvo la posibilidad de presentar medios probatorios adicionales hasta la culminación de la Etapa Probatoria. Para ello, a través de la Resolución N° 025-2019-CCO/OSIPTTEL, del 5 de noviembre de 2019, se puso en conocimiento de las partes, el detalle de los medios probatorios admitidos en la referida audiencia.

72. Por su parte, mediante Resolución N° 031-2019-CCO/OSIPTTEL, se admitieron los elementos probatorios solicitados de oficio y proporcionados por ENEL y AZTECA, en el marco de la etapa probatoria del presente procedimiento. Asimismo, mediante dicha resolución se incorporó adicionalmente la información obrante en los Expedientes N° 012-2018-CCO-ST/CI y N° 004-2018-CCO-ST/CI, que fue puesta en conocimiento por la STCCO a través del Oficio N° 735-STCOO/2019 de fecha 31 de diciembre de 2019.

73. Al respecto, a través del Anexo – 1 de la presente resolución, se incluye el detalle de los elementos probatorios admitidos por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc durante el trámite del presente procedimiento a fin de coadyuvar a resolver la cuestión controvertida.

VI. MARCO NORMATIVO

6.1. Sobre la compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

74. Actualmente, existen tres regímenes jurídicos que establecen, entre otros aspectos, la obligación a ciertas entidades de compartir o arrendar su infraestructura a favor de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad de promover la prestación de este tipo de servicios.

75. Sobre el particular, el 21 de julio de 2004, se publicó la Ley N° 28295, Ley de que regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura (en adelante, Ley 28295). Dicha norma tiene las siguientes finalidades: (i) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público; (ii) promover una mayor competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, beneficiando a los consumidores operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público; y (iii) promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso



público necesarias para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹⁹.

76. En el ámbito de la Ley N° 28295, principalmente, la empresa que debe compartir su infraestructura es una concesionaria de servicios públicos de energía eléctrica o de telecomunicaciones²⁰, y es aplicable en los casos en los que se acredite la existencia de restricción administrativa a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público²¹.
77. Por otro lado, el 10 de junio de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Decreto Legislativo N° 1019). El objeto de la mencionada norma es regular el acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones necesaria para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, proporcionando alternativas a los concesionarios de dichos servicios, a fin de garantizar un acceso razonable y no discriminatorio a la infraestructura de telecomunicaciones²².
78. Una característica relevante del régimen de compartición de infraestructura establecido mediante el Decreto Legislativo N° 1019, está referida a que las empresas obligadas a compartir su infraestructura son los denominados

19

Ley N° 28295**"Artículo 3.- Finalidad"**

a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la presente Ley, así como promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público.

b) Promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público, propiciando la reducción de costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes a nivel nacional".

20

Ley N° 28295**"Artículo 6.- Definiciones"**

Para efectos de la presente Ley se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

c) **Infraestructura de uso público.** - Todo poste, ducto, conducto cámara, torre, derechos de vía asociado **a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía.** Adicionalmente, se considerará infraestructura de uso público a aquella que así sea declarada por OSIPTEL con opinión previa y favorable de los organismos reguladores competentes". (Énfasis agregado).

21

Ley N° 28295**"Artículo 5.- Procedencia del acceso y uso"**

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Medio ambiente.
- b) Salud pública.
- c) Seguridad.
- d) Ordenamiento territorial.
- e)

Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la interconexión de servicios de telecomunicaciones".

"Artículo 11.- Acreditación de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público"

Para cada uno de los supuestos señalados en el artículo 5 de la presente Ley, será necesaria la declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público por parte de la autoridad administrativa competente con facultades para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de la infraestructura de uso público definida en la presente Ley".

22

Confróntese con el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1019.



proveedores importantes. Dichos proveedores son los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que tienen la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación en el mercado relevante de los servicios públicos de telecomunicaciones²³.

6.2. Sobre el acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos para la provisión del servicio de banda ancha

79. Por otra parte, en el en el 2012, se aprobó la Ley de Banda Ancha que contiene disposiciones normativas relacionadas al desarrollo, uso y alcance de la banda ancha en el territorio nacional. Para ello, esta ley estableció un régimen de compartición de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, siendo que dicha norma es desarrollada mediante su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
80. La Ley de Banda Ancha se emitió con el propósito de impulsar el desarrollo, uso y masificación del servicio de Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que facilite la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad nacional, y la transformación hacia una sociedad de la información y el conocimiento²⁴.
81. Cabe señalar, que la banda ancha es la conectividad de transmisión de datos principalmente a internet, de manera permanente y de alta velocidad, permitiendo al usuario estar siempre en línea a velocidades apropiadas para la emisión y obtención de información multimedia²⁵.
82. En ese sentido, el Estado promueve la banda ancha y su aprovechamiento por toda persona, con la finalidad de coadyuvar al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y, además, a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio²⁶.

²³ Decreto Legislativo N° 1019

“Artículo 5.- Definiciones

Para la aplicación de la presente Ley se entiende por:

(...)

8. Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones: Proveedor o concesionario de servicio público de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde el punto de vista de los precios y del suministro, en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de:

- a) Control de las instalaciones esenciales; o,
- b) La utilización de su posición en el mercado.

(...)”.

²⁴ Ley de Banda Ancha

“Artículo 1. Objeto de la Ley

El propósito de la ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento”.

²⁵ Ley de Banda Ancha

“Artículo 4. Definición de Banda Ancha

Para efectos de la presente ley, entiéndase por Banda Ancha a la 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 emisión y obtención de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicación de voz, datos y contenidos audiovisuales”.

²⁶ Ley de Banda Ancha



83. El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Banda Ancha, relacionado con la compartición de infraestructura para la provisión del servicio de banda ancha, se encuentra referido a la verificación de los sujetos regulados por dichas normas. De esta manera, la norma señalada comprende, por un lado, al solicitante o beneficiario de la infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos (el concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones) y, por otro lado, al titular de dicha infraestructura (el concesionario de servicios públicos de energía eléctrica o hidrocarburos)²⁷.
84. El ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Banda Ancha se encuentra referido a la relación de compartición establecida por el uso compartido de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, siempre que no existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad del servicio de energía.
85. Así, entre la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos que puede ser objeto de compartición encontramos a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre y derechos de vía e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de transporte y distribución de hidrocarburos²⁸.
86. En ese contexto, debido a su alto interés público, es política de Estado que el país cuente con una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), que facilite el acceso de la población al servicio de banda ancha y, asimismo, que se promueva la competencia de dicho servicio²⁹.
87. El inciso 7.2 del artículo 7^o³⁰ de la Ley de Banda Ancha define la RDNFO como una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y confiabilidad, que será

“Artículo 2. Promoción de la Banda Ancha

El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente”.

27

Ley de Banda Ancha

“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. (...).”

28

Reglamento de la Ley de Banda Ancha

“Artículo 24.- Infraestructura existente a ser compartida

Para efectos del presente título, entiéndase por infraestructura a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, y derechos de vía e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de transporte y distribución de hidrocarburos”.

29

Ley de Banda Ancha

“Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

7.1. Es política de Estado, en razón de su alto interés público, que el país cuente con una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que facilite el acceso de la población al servicio de Banda Ancha y que se promueva la competencia de este servicio. (...).”

30

Ley de Banda Ancha

“Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica



diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, a fin de permitir el desarrollo de la banda ancha a nivel nacional.

88. En ese orden de ideas, el artículo 3^{o31} de la Ley de Banda Ancha declara de necesidad pública e interés nacional la construcción de una RDNFO que integre todas las capitales de las provincias del país, y, asimismo, el despliegue de redes de alta capacidad que comprenda a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de banda ancha.
89. Asimismo, la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha resalta la relevancia de desplegar infraestructura sobre la cual se soporte los servicios de telecomunicaciones³².
90. Es oportuno mencionar que la titularidad de la RDNFO le corresponde al Estado. Así, el artículo 8^{o33} de la Ley de Banda Ancha señala que el Estado promueve la inversión y ejecución de la RDNFO, y, en ese sentido, puede entregarla en concesión, manteniendo su titularidad, con la finalidad de garantizar el desarrollo económico y la inclusión social.
91. En la misma línea, el artículo 11^{o34} del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el MTC puede entregar en concesión la construcción, operación,

(...)

7.2. La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica es una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y confiabilidad, que estará diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, para posibilitar el desarrollo de la Banda Ancha a nivel nacional. (...)

31

Ley de Banda Ancha

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional:

Declárese de necesidad pública e interés nacional:

i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha”.

32

Al respecto:

“En el Reglamento se establecen principios que guiarán tanto la formulación como la actualización de las políticas públicas en Banda Ancha, en el marco de lo dispuesto por el numeral 26.1 del artículo 26 de la Ley N° 29904.

Para tal efecto, se establece un enfoque que considera a la Banda Ancha como un sistema integrado por varios componentes que se relacionan entre sí, en el cual, las redes físicas e infraestructura son el primer componente y punto de partida, sobre el cual se soporta el componente de servicios públicos de telecomunicaciones (como el servicio de acceso a internet) y se integran los equipos terminales (vg. computadoras, teléfonos, tabletas, etc.); para finalizar en el componente humano, es decir, con las capacidades avanzadas de las personas para el aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación, que ciertamente es el componente esencial que dinamiza y retroalimenta a todo el sistema. (...). (Subrayado agregado).

Es oportuno precisar que la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha se encuentra en la base del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Sin embargo, como nota preliminar al referido documento, se indica lo siguiente: “Este texto no ha sido publicado en el diario oficial “El Peruano”, a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha sido entregado por la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros el día 14 de febrero de 2014”. Consulta realizada el 20 de diciembre de 2019. Dirección URL: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2013/noviembre/04/EXP-DS-014-2013-MTC.pdf>.

33

Ley de Banda Ancha

“Artículo 8. Rol del Estado en la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

El Estado promueve la inversión e implementación de Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y podrá entregarla en concesión, manteniendo su titularidad, con la finalidad de garantizar el desarrollo económico y la inclusión social. Para tal fin la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN conducirá el proceso de concesión”.

34

Reglamento de la Ley de Banda Ancha



mantenimiento y explotación de la RDNFO a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, conservando la titularidad de la referida RDNFO.

92. De acuerdo con el inciso 7.3 del artículo 7^{o35} de la Ley de Banda Ancha, el MTC es la entidad encargada de diseñar y realizar todas las acciones necesarias para la implementación de la RDNFO. Específicamente, el inciso 9.2 del artículo 9^{o36} de la Ley de Banda Ancha establece que la operación de la RDNFO se entregará en concesión a uno o más operadores neutros, los cuales son concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que proveen servicios portadores a otros operadores, y no tienen usuarios finales.
93. En el mismo sentido, el inciso 23.2 del artículo 23^{o37} del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el operador dorsal deberá obtener una concesión única para prestar servicios públicos de telecomunicaciones; sin embargo, solamente deberá registrar el servicio portador, como servicio a brindar.
94. Cabe señalar que, de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) se consideran servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporciona la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido³⁸.

“Artículo 11.- Titularidad de la Red Dorsal Nacional Óptica

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado peruano, podrá entregar en concesión la construcción, operación, mantenimiento y explotación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, manteniendo la titularidad sobre la misma en caso de otorgar la referida concesión”.

³⁵ **Ley de Banda Ancha**

“Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

(...)

7.3.El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la entidad responsable de realizar todas las acciones necesarias para la implementación de todas las acciones necesarias para la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese marco, definirá las condiciones técnicas, económicas y legales de su diseño, construcción, concesión, operación, financiamiento, entre otras acciones que resulten necesarios. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL emite opinión en materias relativas a sus facultades como organismo regulador y agencia de competencia. (...).”

³⁶ **Ley de Banda Ancha**

“Artículo 9. Conformación, operación y gestión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

(...)

9.2. La operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica será objeto de concesión a uno o más operadores neutros, que son concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que proporcionan servicios portadores a otros operadores y no tienen usuarios finales. La elección de los operadores neutros se realiza mediante licitación pública.

(...).”

³⁷ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

“Artículo 23.- Operador neutro

(...)

23.2. El Operador Dorsal deberá obtener del Ministerio de Transportes y Comunicaciones concesión única para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y registrar exclusivamente como servicio a brindar, el servicio portador.

(...).”

³⁸ **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 10.- Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio”.



95. Bajo el mencionado marco normativo, el 17 de junio del 2014, el MTC, en representación del Estado peruano, y AZTECA suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento del Proyecto de la Red Dorsal (en adelante, Contrato de Concesión).
96. De este modo, mediante el mencionado Contrato de Concesión, el MTC otorgó a AZTECA el derecho a la explotación económica de la RDNFO; y, por el cual, tiene la obligación de diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los bienes de la concesión³⁹; así como de prestar el servicio portador, las facilidades complementarias y prestaciones adicionales de la RDNFO, mediante los bienes de la concesión⁴⁰.

6.3 Sobre el interés público y la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura existente asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

6.3.1 Disposiciones sobre el interés público

97. El inciso 13.1 del artículo 13⁴¹ de la Ley de Banda Ancha establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias, a fin de proveer el servicio de banda ancha. El acceso y uso de la infraestructura

³⁹ En la cláusula segunda del Contrato de Concesión, denominada *definiciones*, se estableció lo siguiente respecto del significado de los bienes de la concesión:

“CLÁUSULA 2: DEFINICIONES

(...)

2.9 Bienes de la Concesión

*Son todos los bienes muebles o inmuebles adquiridos o construidos durante el plazo de la Concesión, tales como los nodos (core, agregación, distribución, entre otros), cables de fibra óptica, equipos de transmisión, equipos de fuerza y energía eléctrica, plataformas de servicio (gestión, monitoreo, facturación, entre otros), infraestructura, edificaciones, activos intangibles (Propuesta técnica General, Proyecto definitivo-PDT-, licencias, autorizaciones, servidumbres, entre otros), y **todos los bienes que forman parte de la RDNFO** y que permiten la adecuada prestación del Servicio Portador, la Facilidades Complementarias y las Prestaciones Adicionales, (...)*. (Énfasis agregado).

⁴⁰ En la cláusula quinta del Contrato de Concesión, se estableció lo siguiente con relación al objeto del contrato:

“CLÁUSULA 5: OBJETO

5.1. Por el presente acto, el Concedente establece con el Concesionario una relación jurídica de derecho público por la cual otorga a favor de este último, el derecho a la explotación económica de la RDNFO; y el Concesionario se obliga a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los Bienes de la Concesión; y a prestar los servicios señalados en el Contrato a través de la RDNFO, durante el Plazo de la Concesión y el de sus eventuales renovaciones, sujeto al régimen tarifario definido en la Sección VIII.

5.2. Asimismo, por efecto de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley N° 29904 y su Reglamento, el Concedente solo habilitará al Concesionario a prestar el Servicio Portador como único servicio público de telecomunicaciones; condición que el Concesionario acepta explícitamente en el presente acto y que se obliga a mantener durante todo el Plazo de la Concesión y el de sus eventuales renovaciones.

5.3. En el marco del Contrato, el Concesionario está obligado a prestar únicamente el Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales con la RDNFO en las capitales de provincias que se indican en las Especificaciones Técnicas y renuncia a prestar cualquier otro servicio”.

⁴¹ **Ley de Banda Ancha**

“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía 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 ser definidas en el reglamento de la presente ley.

(...)”.



podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad de la prestación de los servicios u otras restricciones que considere el Reglamento.

98. En este contexto, y como se mencionó previamente, el artículo 3^{o42} de la Ley de Banda Ancha declaró 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, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha fija y móvil en el territorio nacional.
99. En cuanto al concepto de interés público, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:
- “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa (...)”⁴³.*
100. Por su parte, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos ocurre por dos mecanismos: la suscripción de un contrato de compartición de infraestructura o, en su defecto, mediante un mandato de compartición de infraestructura emitido por el OSIPTEL.
101. En cuanto a la suscripción del Contrato de Compartición, el artículo 25^{o44} del Reglamento de la Ley de Banda Ancha refiere que, una vez realizado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el titular de la infraestructura debe enviar al solicitante (operador de servicios públicos de telecomunicaciones) un requerimiento de información para tramitar su solicitud, dentro del plazo de cinco (5)

⁴² Ley de Banda Ancha

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional:

Declárese de necesidad pública e interés nacional:

(...).

ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y móvil”.

⁴³ Fundamento once (11) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Consulta realizada el 20 de diciembre de 2019. Dirección URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

⁴⁴ Reglamento de la Ley de Banda Ancha

“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 hidrocarburo respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.

25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición”.



días hábiles desde la recepción de la solicitud. Si en el plazo de treinta (30) días hábiles las partes no consiguen llegar a un acuerdo para suscribir el Contrato de Compartición, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones puede solicitar la emisión de un mandato de compartición al OSIPTEL.

102. En ese sentido, en los supuestos de falta de acuerdo, el inciso 26.2 del artículo 26⁴⁵ del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que, si el OSIPTEL no comprueba además la existencia de justificación para denegar la solicitud de acceso y uso de infraestructura, emitirá el correspondiente mandato de compartición.

6.3.2 Disposiciones referidas a la determinación de la contraprestación por acceso y uso compartido

103. El inciso 13.4 del artículo 13⁴⁶ de la Ley de Banda Ancha establece las condiciones de la relación de compartición de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica.

45

Ley de Banda Ancha

“Artículo 26.- Denegatoria del acceso y uso compartido de la infraestructura

26.1 Para los casos en los cuales la falta de acuerdo entre las partes se sustente en riesgos de continuidad del servicio de energía, corresponderá al OSIPTEL evaluar la fundamentación del caso, para lo cual solicitará un informe al Ministerio de Energía y Minas y/o al OSINERGMIN, que deberá ser emitido en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles de efectuada la solicitud del OSIPTEL, pudiendo prorrogarse hasta por treinta (30) días más, a solicitud justificada de la entidad que emitirá el referido informe.

26.2 En el caso que OSIPTEL compruebe la existencia de justificación para denegar el acceso y uso de la infraestructura, se dará por concluido el procedimiento. En caso contrario, el OSIPTEL emitirá el mandato de compartición correspondiente conforme a las disposiciones específicas que emita en el marco del artículo 32 de la Ley y que será de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio del procedimiento sancionador que corresponda según lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley.

26.3 No se considerará como limitación técnica la necesidad de reforzamiento de postes o torres, ni la necesidad de reforzamiento de la línea, entendida ésta como la necesidad de incluir postes o torres adicionales que disminuyan los vanos y flechas para mejorar la altura de las líneas de las estructuras de las redes eléctricas. Los costos de ambos tipos de reforzamientos, serán considerados como costos de adecuación y deberán ser reconocidos por el Operador de Telecomunicaciones que solicite el acceso y uso a la infraestructura eléctrica respectiva”.

46

Ley de Banda de Ancha

“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía e hidrocarburos

(...).

13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:

- a. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura, de ser necesario, el despliegue de nueva fibra óptica, así como su mantenimiento.
- 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.
- c. De producirse alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos por causa imputable al concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, este asumirá las responsabilidades legales que resulten aplicables.
- d. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos no podrán efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones, que constituyan conductas anticompetitivas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.



104. Específicamente, el literal b) del referido inciso 13.4 del artículo 13° indica que el acceso y el uso de la infraestructura se realiza a cambio de una contraprestación inicial, que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario de servicios públicos de energía eléctrica para prestar el acceso y uso de la referida infraestructura, así como contraprestaciones periódicas, las cuales remuneran la operación y mantenimiento de la infraestructura, incluyendo un margen de utilidad razonable. Asimismo, señala que la metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será contemplada en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
105. Así, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha estableció en su Anexo N° 1, la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica e hidrocarburos. Asimismo, el inciso 30.4 del artículo 30°⁴⁷ del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el resultado de la Metodología servirá como un precio máximo para las referidas contraprestaciones.

6.4 Sobre las competencias asignadas a los Cuerpos Colegiados Ad Hoc para conocer y resolver controversias sobre compartición de infraestructura

106. De acuerdo con el literal e) del inciso 1 del artículo 3°⁴⁸ de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores), el OSIPTEL ejerce entre otras, la función de solución de controversias, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.
107. De conformidad con el artículo 36°⁴⁹ de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (en adelante, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL) y el artículo 49°⁵⁰ del Reglamento General del Organismo Supervisor de

47

Reglamento de la Ley de Banda Ancha

“Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

(...)

30.4 La metodología para determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas”.

48

Ley Marco de Organismos Reguladores

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

e) *Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; (...)*”

49

Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL

“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

(...)

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”.

50

Reglamento General del OSIPTEL



la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), en concordancia con los artículos 2°⁵¹ y 42°⁵² del Reglamento de Solución de Controversias, las empresas no operadoras de telecomunicaciones pueden ser susceptibles de reclamar y ser reclamadas, tratándose de controversias que se planteen como consecuencia de acciones y omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

108. Al respecto, el artículo 36°⁵³ de la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL y el artículo 51°⁵⁴ del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), disponen que los órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de controversias son los Cuerpos Colegiados, en primera instancia, y el TSC, en segunda y última instancia administrativa.
109. En ese contexto, de conformidad con el literal f) del artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL⁵⁵, en concordancia con lo dispuesto por el literal f) del artículo

“Artículo 49.- Definición de Función de Solución de Controversias.

La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de EMPRESA OPERADORA.

La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente”.

51 **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. (...)

Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”.

52 **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 42.- Legitimidad para obrar. *Toda empresa que brinde servicios públicos de telecomunicaciones puede recurrir ante el OSIPTEL, directamente o a través de su representante legal, para reclamar la solución de una controversia o conflicto que tenga con otra empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones, por cualquiera de las materias a que se refiere el artículo 2 del presente Reglamento. La representación procesal, podrá acreditarse con carta poder simple o declaración jurada, salvo para el desistimiento de la pretensión o para acogerse a las formas de terminación convencional del procedimiento, en cuyo caso se requerirá poder especial formalizado de acuerdo a lo establecido en el artículo 115° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias.*

Asimismo, pueden ser susceptibles de reclamar y ser reclamados, las empresas no operadoras, tratándose de controversias a las que se refiere el último párrafo del artículo 2 del presente Reglamento”.

53 **Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL**

“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.

b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable. (...)”

54 **Reglamento General del OSIPTEL**

“Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa”.

55 **Reglamento General del OSIPTEL**

“Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

(...)



2^{o56} y el artículo 7^{o57} del Reglamento de Solución de Controversias, los Cuerpos Colegiados Ad Hoc del OSIPTEL son competentes para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

110. Cabe indicar que el artículo 3^{o58} del Reglamento de Solución de Controversias señala que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.
111. En ese sentido, el Consejo Directivo del OSIPTEL ha referido en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos bajo el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL son competentes para resolver los conflictos suscitados entre empresas operadoras de telecomunicaciones y los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos en materia de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, destinada a la provisión del servicio de banda ancha, en el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento⁵⁹.
112. Asimismo, el TSC del OSIPTEL ha resuelto en segunda instancia administrativa a favor de la competencia de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL para resolver las

f) *Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones*".

⁵⁶ **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:
(...)
f. *El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*
(...)"

⁵⁷ **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 7.- Primera instancia.
7.1 *Los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL son los órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia administrativa las controversias a las que se refiere el artículo 2° del presente Reglamento.*
7.2 *El OSIPTEL contará con Cuerpos Colegiados Ad Hoc, que tendrán a su cargo las controversias relacionadas a las materias descritas en el artículo 2° del presente Reglamento, a excepción de aquellas referidas a los incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia previstas en el literal a) del referido artículo.*
(...)"

⁵⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 3.- Vía previa. *La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL*".

⁵⁹ A manera de ejemplo, se pueden revisar los siguientes mandatos de compartición, emitidos bajo el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento: i) Resolución de Consejo Directivo N° 078-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Consorcio Transmantaro S.A. (Expediente N° 00002-2015-CD-GPRC/MC); y, ii) Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.A. y Red de Energía del Perú S.A.(Expediente N° 00001-2015-CD-GPRC/MC). Asimismo, a manera de ejemplo, el Consejo Directivo se pronunció en ese sentido en las siguientes resoluciones: i) Resolución de Consejo Directivo N° 156-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 5 de julio de 2018, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electrocentro S.A. (Expediente N° 00018-2017-CD-GPRC/MC), y ii) Resolución de Consejo Directivo N° 157-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 5 de julio de 2018, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (Expediente N° 00003-2018-CD-GPRC/MC).



controversias derivadas de la ejecución de los contratos suscritos en el marco de la Ley de Banda Ancha, en ejercicio de su función de solución de controversias⁶⁰.

VII. CUESTIÓN PREVIA: DE LA COMPETENCIA DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC PARA INTERVENIR EN ESTA CONTROVERSIA

113. ENEL, a través de su escrito presentado con fecha 11 de marzo de 2020, ha presentado una cuestión previa, reiterando su cuestionamiento sobre la competencia que tiene este Cuerpo Colegiado Ad Hoc para intervenir en la presente controversia⁶¹, en específico, ha precisado que la controversia iniciada por AZTECA no es de naturaleza regulatoria. En este extremo, refiere que, si bien el contrato de compartición se encuentra dentro del marco normativo de la compartición de la infraestructura, ello no implica que el contrato en su totalidad sea un asunto regulatorio.
114. Al respecto, ENEL sostiene que la Ley de Banda Ancha y su reglamento permiten a las partes la negociación y suscripción de los contratos de compartición, siendo que, conforme con dicho marco normativo, el OSIPTEL no tiene injerencia en el contenido de los contratos de compartición, en tanto se reconoce su intervención de manera posterior a la suscripción de los mismos para fines de supervisión o para asegurar el acceso a la infraestructura mediante la emisión de mandatos de compartición. En ese orden de ideas, ENEL señala que la intervención del regulador es subsidiaria.
115. Sobre el particular, debemos precisar que los argumentos antes expuestos fueron expresados por ENEL al deducir su excepción de convenio arbitral en el presente procedimiento, por lo que los mismos ya han sido objeto de pronunciamiento de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, emitida el 29 de mayo de 2019.
116. Cabe indicar que, la referida resolución fue debidamente notificada a ENEL con fecha 5 de junio de 2019, mediante Oficio N° 346-STCCO/2019; sin haber sido objeto de impugnación por la referida empresa, mediante los recursos administrativos previstos por el Reglamento de Solución de Controversias⁶² y el

⁶⁰ El TSC se pronunció de esta manera en las siguientes resoluciones: Resolución N°007-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018, expedida en el expediente N° 006-2017-CCO-ST/CI; Resolución N°008-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018, expedida en el expediente N° 007-2017-CCO-ST/CI; Resolución N°009-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 10 de mayo de 2018, expedida en el expediente N° 008-2017-CCO-ST/CI

⁶¹ Cabe indicar que, a través de su escrito de contestación presentado con fecha 4 de octubre de 2018, ENEL cuestionó la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc para conocer esta controversia, en los siguientes términos:

“59. (...) pedimos al Cuerpo Colegiado que advierta que AZTECA ha activado este mecanismo de solución de controversias, pese a saber de antemano que no le corresponde al Cuerpo Colegiado la competencia material para conocer y resolver sus pretensiones, las cuales son netamente contractuales.

60. En razón de ello, pedimos que se declare IMPROCEDENTE la reclamación formulada (...).”

⁶² **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 25.- Apelaciones. Sólo cabe apelación en los casos indicados en el artículo 206 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en aquellos expresamente indicados en el presente Reglamento. Sólo cabe reconsideración en los casos en que proceda apelación, salvo disposición distinta en el presente Reglamento.

En los casos en que, de acuerdo con el presente Reglamento, procedan los recursos de reconsideración y apelación contra resoluciones distintas a la Resolución Final, dichos recursos deberán ser interpuestos dentro de los cinco (5) días siguientes de la notificación respectiva.

(...)”



TUO de la LPAG⁶³; quedando firme dicho acto conforme con lo dispuesto en el artículo 222⁶⁴ del TUO de la LPAG. En consecuencia, con relación a la cuestión previa interpuesta por ENEL corresponde estarse a lo dispuesto en la Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTTEL y en los argumentos desarrollados en el numeral 6.4 de la presente resolución.

VIII. ANÁLISIS DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC

117. De acuerdo con lo descrito en el punto III de la presente resolución, corresponde analizar a continuación cada uno de los puntos controvertidos en el presente procedimiento: (i) si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, (ii) si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología, (iii) si de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología, determinar el monto que corresponde a ENEL devolver a AZTECA, y (iv) determinar si el marco normativo permite a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

8.1 Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en La Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

118. Es objeto de análisis en el presente punto controvertido, el determinar si el denominador “Na” estuvo previsto en la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, al momento de celebrarse el Contrato de Compartición de fecha 9 de noviembre de 2015.

119. AZTECA señaló que si bien la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no señala expresamente qué debe entenderse por número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador “Na” debía ser tres (3) en atención al razonamiento económico de la fórmula. Por su parte, ENEL indicó que, en cumplimiento de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se otorgó al denominador “Na” un valor igual a uno (1), toda vez que dicha aplicación corresponde al número de arrendatarios “efectivos” sobre su infraestructura al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.

63

TUO de la LPAG

“Artículo 217.- Facultad de contradicción [texto según el artículo 206 de la Ley 27444]

217.1. *Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.*

217.2. Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.
(...)”

64

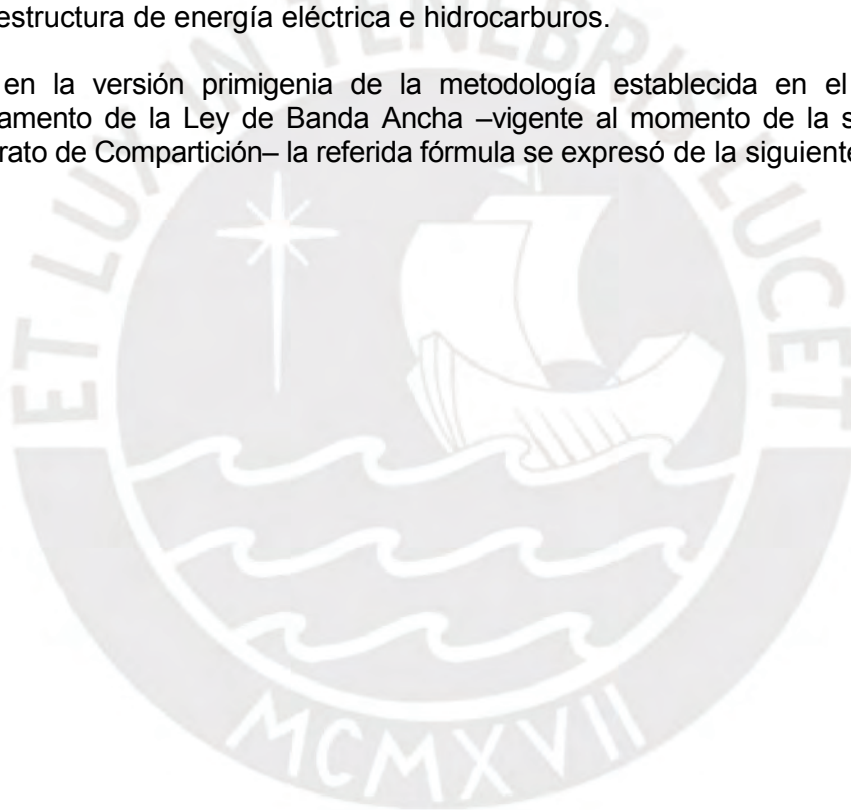
TUO de la LPAG

“Artículo 222.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”



120. Al respecto, como ha sido desarrollado previamente, la Ley de Banda Ancha dispone que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica e hidrocarburos se realiza a cambio de una contraprestación inicial, así como de contraprestaciones periódicas. La contraprestación inicial considera la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a la infraestructura, y, por otro lado, las contraprestaciones periódicas están dirigidas a remunerar la operación y mantenimiento de la infraestructura, incluyendo un margen de utilidad razonable. Dichas contraprestaciones deben ser determinadas siguiendo las pautas de la Metodología establecida en su reglamento⁶⁵.
121. De acuerdo con lo anterior, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha⁶⁶, en su Anexo 1 estableció la *“Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos”*. En dicho documento se detalla la fórmula para obtener la contraprestación mensual o periódica que deberá pagar el operador de los servicios públicos de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de la infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos.
122. Así, en la versión primigenia de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha –vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición– la referida fórmula se expresó de la siguiente manera:



⁶⁵ Confróntese con el artículo 13° de la Ley de Banda Ancha y el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

⁶⁶ Como se señaló anteriormente, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2013.



Gráfico N° 1: Fórmula inicial establecida en la Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha del año 2013

$RM = Imp + OMc \times B \times (1+i_m)$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
 OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte: ~~que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.~~
 B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$B = 1 / Na$
 Donde Na: número de arrendatarios

i_m : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$OMc = f \times OMs$

Donde:

f: 20%
 OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$BT = (1 + m) \times TP$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía.
 m: 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros
 l: 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

Fuente: Anexo N° 1 del Reglamento de la ley de Banda Ancha, publicado 4 de noviembre de 2013.

123. Como puede apreciarse, la cita anterior contiene la descripción de la fórmula para determinar la contraprestación periódica mensual (RM). Dicha fórmula tiene los siguientes componentes: Impuestos municipales (Imp), Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte (OMc), el factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios (B) y un margen de utilidad razonable (i_m). Para el caso de la infraestructura eléctrica, la fórmula agregó una modalidad de calcular el valor del componente OMc.
124. Asimismo, en la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha se observa que el denominador “Na” fue definido como componente del factor “B”, el cual hace referencia a la distribución de costos sólo entre arrendatarios, a diferencia de otros componentes de la fórmula, a los que se les estableció expresamente valores, por ejemplo, las variables que integran el componente OMc.
125. En efecto, el componente OMc está referido al Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, el cual representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición. Para el caso de la infraestructura eléctrica, la fórmula estableció una modalidad de calcular el valor del componente OMc. De esta manera, la Metodología establecida en el Anexo 1 del



Reglamento de la Ley de Banda Ancha, estableció el valor de algunas variables del componente OMc, como a continuación se observa:

Cuadro N° 1: Valores de Componentes de la variable “OMc”

Variables	Valor establecido en la Metodología de 2013
f	20 %
m	77 %
h ⁶⁷	13.4%
l ⁶⁸	7.2 %

Fuente: Metodología del año 2013

126. De acuerdo con lo expuesto, se advierte que, en la referida metodología, se aludió por única vez al denominador “Na” como componente del factor “B” (**factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios**); siendo descrito como el “**número de arrendatarios**”, sin habersele consignado un valor, tal como ocurrió con otros componentes de la fórmula (como a los mencionados componente del factor OMc, entre ellos el “f”, que tuvo asignado como único valor: 20%).
127. Cabe precisar que, lo antes indicado se puede observar tanto en el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (versión primigenia de la Metodología) como en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modificó los valores del “m” y “f” de la citada Metodología, en el extremo que ambas normas aluden únicamente al denominador “Na” como componente del factor “B” (**factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios**), identificándola nuevamente como el “**número de arrendatarios**”, sin fijarle un valor determinado.
128. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, si bien la citada fórmula no asignó un valor concreto al denominador “Na”, ello no implica que la determinación de dicho denominador se haya dejado a la voluntad de las partes, debido a que es un componente de una fórmula regulada de observancia obligatoria para calcular el precio máximo de la contraprestación periódica, pues busca con ello, asegurar el despliegue y correcto funcionamiento de las redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha.
129. En consecuencia, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye lo siguiente, respecto del primer punto controvertido:
- El denominador “Na” se encuentra regulado en la Metodología, pues forma parte de una fórmula que sirve para determinar el precio máximo de las contraprestaciones periódicas por el uso de la infraestructura eléctrica e hidrocarburos.
 - Sin embargo, la Metodología no estableció un único valor para el denominador “Na” en la fórmula contenida en la Metodología establecida en el Anexo N°1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como sí lo hizo para otros componentes de dicha fórmula.
 - Aunque el “Na” no haya sido fijado como un valor constante, ello no implica que pueda pactarse cualquier valor, pues este debe determinarse conforme

⁶⁷ Para infraestructuras de media o alta tensión.

⁶⁸ Para infraestructuras de baja tensión.



a lo establecido en la Metodología, al tratarse de una fórmula regulada que tiene por finalidad establecer un precio tope.

8.2 Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología

130. Al respecto, considerando que el denominador “Na” se encuentra definido pero no tiene un único valor en la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y que tampoco pertenece a la esfera privada de las partes, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc determinar si el valor utilizado por las partes para calcular la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura fijada en el Contrato de Compartición, se pactó conforme a la citada Metodología.
131. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103⁶⁹ de la Constitución Política, la Ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene ni fuerza ni efectos retroactivos. Asimismo, en cuanto a la libertad de contratar, el artículo 62⁷⁰ de la Constitución Política refiere que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
132. En ese sentido, corresponde evaluar las normas jurídicas que se encontraron vigentes a la fecha de la celebración del Contrato de Compartición, suscrito el 9 de noviembre de 2015.
133. Sobre el particular, la Ley de Banda Ancha fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 20 de julio de 2012⁷¹, con anterioridad al inicio de la relación de compartición entre ENEL y AZTECA. En su artículo 13° se regula lo concerniente a las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura, precisándose que éstas debían ser determinadas según las pautas de la metodología a ser establecida en su reglamento.
134. Así, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, publicado el 4 de noviembre de 2013 en el diario oficial “El Peruano”, se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda

⁶⁹ **Constitución Política**

“Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

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.”

⁷⁰ **Constitución Política**

“Libertad de contratar

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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.”

⁷¹ Al respecto, confróntese con la Ley N° 29904, publicada en las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día viernes 20 de julio de 2012. Dirección URL: https://busquedas.elperuano.pe/download/full/3wbh_fKYKqz9BL3j4o2iUQ



Ancha⁷². Dicho reglamento, a través de su Anexo N° 1, estableció la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos⁷³.

135. En este contexto, con fecha 9 de noviembre de 2015, las partes suscribieron el Contrato de Compartición. A la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, las partes únicamente se encontraron sometidas a lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha y su reglamento (con anterioridad a la modificación realizada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03), en tanto fue el único marco normativo vigente al que las partes debían regirse, a efectos de asignar un determinado valor al denominador “Na”.
136. Sobre el particular, en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, referida a la retribución por acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, se observa que las partes acordaron que la referida retribución económica estaría contenida en el Anexo N° 1 del contrato, la misma que sería determinada en función *“a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904 con una vigencia mínima de tres (3) años desde la firma del Contrato”*.
137. En ese sentido, se advierte que el monto de la retribución se fijó conforme a los siguientes extractos pertinentes del referido contrato:

Gráfico N° 2: Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición

<u>Cláusula Cuarta.-</u>	<u>Retribución</u>
(1)	Por el acceso y uso concedido por EDELNOR sobre la Infraestructura objeto del presente contrato, AZTECA pagará a EDELNOR una retribución mensual por mes adelantado. El monto de la referida retribución está contenido en el Anexo N° 1, la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley 29904, y tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente Contrato. Siendo reajustada al vencimiento de cada año por la tasa de inflación de los últimos doce meses en el Perú, teniendo como máximo un incremento de 3% anual. Luego del vencimiento del periodo de 3 años, se revisarán los importes de acuerdo con las nuevas condiciones legales.

Fuente: El Contrato de Compartición remitido por AZTECA mediante su escrito de reclamación, presentado con fecha 23.08.2018.

⁷² Posteriormente, el 5 de agosto de 2017, se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, mediante la cual se modificaron los valores de las variables “m” y “f” de la para determinar las contraprestaciones por el acceso y uso de infraestructura; de modo que dicha modificación fue posterior al inicio de la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.

⁷³ Al respecto, confróntese con el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, publicado en la Edición Extraordinaria de las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día lunes 4 de noviembre de 2013. Dirección URL: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/FOK0d7cJ4yuBgCeJWwIxBZ>

**Gráfico N° 3: Anexo N° 1 del Contrato de Compartición**

Anexo No. 1 Condiciones Económicas	
<p>En contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica objeto del presente contrato, AZTECA pagará una retribución mensual a EDELNOR equivalente al valor mensual que resulte de la suma de las multiplicaciones de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el párrafo siguiente por el total de la infraestructura correspondiente que se esté utilizando. Asimismo, queda expresamente convenido entre las partes que EDELNOR tendrá el derecho de efectuar el cobro de la contraprestación correspondiente (remisión de la factura pertinente) a partir del momento en el cual AZTECA proceda a hacer uso efectivo de la Infraestructura Eléctrica retribución. AZTECA deberá cancelar la referida factura dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la fecha de recepción de la misma.</p>	
(1) Retribución por el uso de la Infraestructura Eléctrica	
Nivel de Tensión	Renta Mensual (S/) sin incluir IGV
BT	S/ 5.92
MT	S/ 15.70
AT	S/ 177.32

Fuente: El Contrato de Compartición remitido por AZTECA mediante su escrito de reclamación, presentado con fecha 23.08.2018.

138. De la revisión al Anexo N° 1 del Contrato de Compartición, no es posible apreciar cuáles fueron los valores que las partes asignaron a cada componente de la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha; específicamente, no resulta factible observar el valor que las partes le asignaron al denominador “Na”, materia de controversia en el presente procedimiento.
139. Por tal motivo, en la etapa probatoria del procedimiento, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc requirió a las partes información relacionada a los valores asignados a los componentes de la Metodología al momento de la suscripción del Contrato de Compartición para determinar la retribución periódica pactada en dicho contrato. Al respecto, si bien las partes refirieron no contar con los sustentos técnicos de la información solicitada⁷⁴; durante el presente procedimiento ambas han coincidido en señalar que atribuyeron al denominador “Na” un valor equivalente a uno (1)⁷⁵.

⁷⁴ Los pedidos de información fueron respondidos por AZTECA a través de su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 y por ENEL a través de sus escritos presentados con fechas 3 de diciembre de 2019, 16 de diciembre de 2019, 23 de enero de 2020 y 19 de febrero de 2020.

⁷⁵ Mediante escrito de reclamación, de fecha 23 de agosto de 2018; escrito de fecha 25 de octubre de 2018 y escrito de fecha 11 de marzo de 2018; AZTECA señaló que ambas partes pactaron la retribución mensual por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL, sobre la base del valor del denominador “Na” como equivalente a uno (1).

Asimismo, a través de su escrito de contestación, de fecha 4 de octubre de 2018; escrito de fecha 11 de marzo de 2020; escrito presentado con fecha 19 de junio de 2020, ENEL señaló que ambas partes pactaron la retribución mensual por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, sobre la base del valor del denominador “Na” como equivalente a uno (1).

Cabe añadir que en el Anexo N° 1 -A del escrito presentado con fecha 4 de octubre de 2018, se aprecian correos electrónicos remitidos entre AZTECA y ENEL, con fecha 5 de noviembre de 2015. A través de dichos correos, personal de AZTECA indica a personal de EDELNOR (ahora, ENEL) que resulta indispensable precisar en el Contrato de Compartición que los precios se han determinado en cumplimiento de la normativa vigente a dicha fecha; siendo que, personal de ENEL responde que concuerdan con precisar en el referido contrato que la renta mensual pactada fue calculada de acuerdo a la fórmula del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.



140. En efecto, AZTECA, alega que el monto calculado como contraprestación periódica excedió el precio máximo, cuestionando específicamente que se asignó erróneamente un valor de uno (1) al denominador “Na”; mientras que ENEL reafirmó que el citado valor se habría fijado de acuerdo al marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Compartición, considerando que, para la fecha de la suscripción del mismo, tenían conocimiento que solo AZTECA se encontraba como arrendatario efectivo en sus estructuras.
141. Asimismo, en respuesta al requerimiento efectuado mediante Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de noviembre de 2019, AZTECA y ENEL indicaron que el Contrato de Compartición no fue objeto de modificación alguna⁷⁶.
142. De otro lado, AZTECA ha sustentado su posición en los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, así como en el contenido de las Resoluciones Viceministeriales N° 215-2015-MTC/03, N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03. Al respecto, ENEL ha cuestionado la pertinencia en el presente procedimiento de dichos medios probatorios.
143. En el marco del principio de verdad material⁷⁷ y considerando las fuentes del procedimiento administrativo recogidas en el artículo V⁷⁸ del Título Preliminar del

⁷⁶ Al respecto, se tiene que mediante escrito presentado con fecha 3 de diciembre de 2019, AZTECA señaló lo siguiente:

“(…) les informamos que el Contrato de Compartición no ha sido modificado con anterioridad a la fecha de emisión del Mandato. (...)”

Asimismo, mediante escrito presentado con fecha 13 de diciembre de 2019, ENEL señaló que:

“(…) Informamos que el Contrato de Compartición suscrito con AZTECA el 09 de noviembre de 2015 NO ha sido objeto de modificación alguna, salvo por el Mandato de Compartición aprobado mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL”.

⁷⁷ TUO de la LPAG

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11. Principio de verdad material. - (...) *En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.*

⁷⁸ TUO de la LPAG

TÍTULO PRELIMINAR

“Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1. Las disposiciones constitucionales.

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.

2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

2.10. Los principios generales del derecho administrativo.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.”



TUO de la LPAG, que sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo, este órgano colegiado considera pertinente evaluar los referidos medios probatorios ofrecidos por AZTECA, en tanto fueron emitidos por la autoridad competente para aprobar la Metodología (MTC), por lo que podrían permitir interpretar sus alcances.

- **Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 y su exposición de motivos**

144. Mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 se publicó para comentarios el proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha⁷⁹. Sin embargo, la referida resolución no contiene mayor desarrollo sobre la Metodología.
145. En efecto, en la exposición de motivos de la mencionada Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, que publicó el proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para comentarios, la única referencia sobre las contraprestaciones por el acceso y uso de infraestructura fue la siguiente:

Gráfico N° 4: Detalle sobre la contraprestación

En efecto, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios 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, en la cual se incluirán los costos de adecuación de la infraestructura, es decir, el reforzamiento de postes o torres, o el reforzamiento de la línea, entendida como la necesidad de inclusión de postes o torres adicionales que disminuyan los vanos y flechas para mejorar la altura de las líneas de las estructuras de las redes eléctricas. Asimismo, el concesionario de telecomunicaciones deberá efectuar contraprestaciones periódicas que remunerarán la operación y mantenimiento, incluido el precitado margen de utilidad razonable.

Fuente: Exposición de motivos de la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03.

- **Informe N° 251-2013-MTC/26**

146. Posteriormente, en atención a la referida publicación, la DGRAIC del MTC recibió los comentarios de diversas entidades y ciudadanos, los cuales fueron evaluados, sistematizados y absueltos en el documento denominado “*Matriz de Comentarios*”.
147. Como resultado de dicha evaluación, el MTC consideró necesario realizar algunas modificaciones y precisiones al proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
148. Los argumentos expuestos en la Matriz de Comentarios acerca de las modificaciones y precisiones mencionadas fueron resumidos en el Informe N° 251-2013-MTC/26, que además consideró incluir información adicional respecto a los

⁷⁹

Al respecto, confróntese con la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, publicada en las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día jueves 13 de junio de 2013. Dirección URL: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/BLRrUm8x49zBlaRRrCILzv>

valores utilizados en la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, recomendando poner a consideración del Viceministerio de Comunicaciones dicho informe, la aprobación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y su exposición de motivos.

149. Específicamente, respecto del denominador “Na”, la única referencia en el Informe N° 251-2013-MTC/26 consistió en su descripción como componente del factor “B” (“factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios”), tal como fue consignado en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha:

Gráfico N° 5: Detalle del factor “B” y denominador “Na”

De otro lado, consideramos importante incluir información adicional que sustentan en mejor medida los Valores Utilizados en la Fórmula del Anexo, tal como se detalla a continuación:

i) La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+i_r)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
 $B = 1 / Na$
Donde Na: número de arrendatarios

i_r : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20%

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26 (Pág. 19).

150. Así, en el Informe N° 251-2013-MTC/26 no se realizó ninguna especificación, descripción o desarrollo sobre el denominador “Na”⁸⁰. No obstante, considerando que AZTECA sostiene que del contenido del informe objeto de análisis se desprende que existiría una relación entre la variable “f” y el denominador “Na”, lo cual permitiría concluir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), posición que también ha sido adoptada por el TSC en su Resolución N° 021-2019-TSC-OSIPTel, es importante evaluar lo desarrollado respecto de la variable “f” en el referido informe.
151. Al respecto, en cuanto a la variable “f” de la fórmula, el Informe N° 251-2013-MTC/26 refirió que dicho componente es el que presenta mayores variables que pueden influir en su cálculo; de manera que utilizó dos aproximaciones para estimar

⁸⁰

Al respecto, se indicó lo siguiente en la Matriz de Comentarios:

“(…). Bajo esta redacción es necesario precisar lo siguiente:

- En principio, todos los operadores de telecomunicaciones deberán pagar por igual, por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.

- El monto máximo a pagar se determina de acuerdo a la metodología del Anexo 1 (tanto la contraprestación inicial como las periódicas).

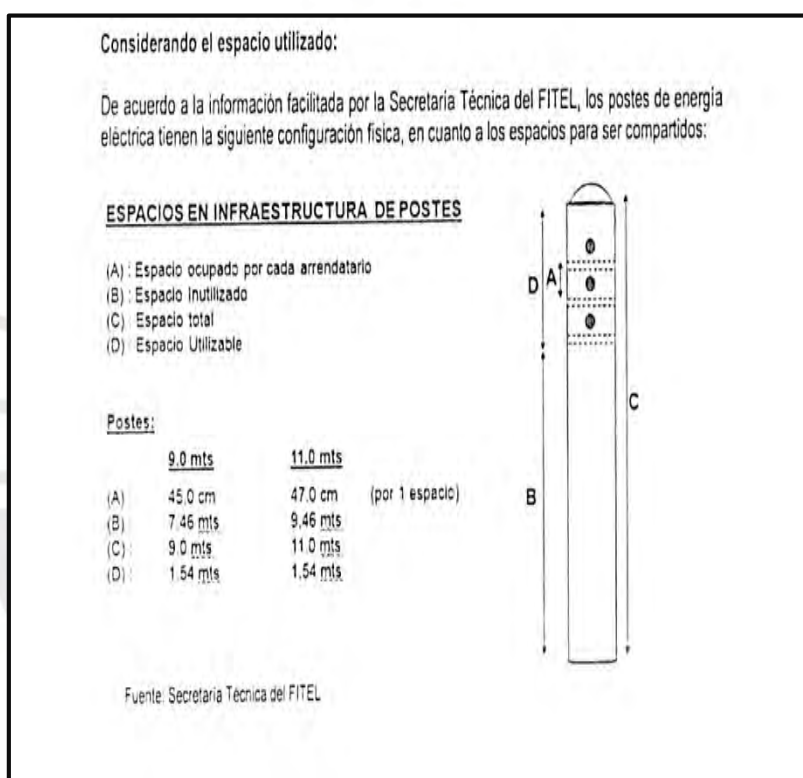
(…).

Cabe indicar que en el Anexo 1 se regula tanto la contraprestación inicial como las periódicas (en el caso de las periódicas se plantea una fórmula) como un pago máximo, (…).”.

su valor: (i) el criterio que considera el espacio utilizado, y (ii) el criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica⁸¹

152. Con relación al **criterio que considera el espacio utilizado**, el MTC consideró dos supuestos para determinar dicho criterio: la configuración física de los postes de energía eléctrica, en cuanto a los espacios para ser compartidos, y la distribución de espacios en diversos estados de los Estados Unidos de América.
153. Respecto al primer supuesto (configuración física de los postes eléctricos en cuanto a espacios para ser compartidos), sobre la base de la información proporcionada por la Secretaría Técnica del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, Secretaría Técnica del FITEL), se evaluó lo siguiente:

Gráfico N° 6: Criterio de espacio en estructuras de postes



Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26 (Pág. 21).

154. Según la información remitida por la Secretaría Técnica del FITEL, el MTC consideró postes de nueve (9) y once (11) metros, con la distribución de espacios mencionada. Asimismo, efectuó un cálculo para obtener los valores sobre la base del ratio realizado entre el espacio utilizable y el espacio total. Así, se obtuvieron los ratios de 17% para el poste de nueve (9) metros⁸², y 14% para el poste de once (11) metros⁸³.

⁸¹ Confróntese páginas veintiuno (21) a veintitrés (23) del Informe N° 251-2013-MTC/26.

⁸² Al respecto, en el supuesto del poste de nueve (9) metros, por aplicación del ratio del espacio utilizable entre el espacio total, se obtuvo el valor de 17%, como resultado de la división de 1.54 metros (espacio utilizable) entre 9 metros (espacio total).

⁸³ Al respecto, en el supuesto del poste de once (11) metros, por aplicación del ratio del espacio utilizable entre el espacio total, se obtuvo el valor de 14%, como resultado de la división de 1.54 metros (espacio utilizable) entre 11 metros (espacio total).



- 155. Con relación al segundo supuesto (distribución de espacios en diversos estados de Estados Unidos de Norteamérica), en el Informe N° 251-2013-MTC/26, se analizó la siguiente información:

**Gráfico N° 7:
Distribución de espacios en estructuras de postes de los Estados Unidos de Norteamérica**

La distribución de espacios mostrada es similar a la que se regula en diversos estados de Estados Unidos⁸⁴.

Utah	Pies	Alaska	Pies	Louisiana	Pies	Maine	Pies
Altura promedio poste	37.5	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	35
espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	-
usado por energía	7.5	usado por energía	-	usado por energía	-	usado por energía	4.5
disponible para telecom	6	ocupado por telecom	1	ocupado por telecom	2	asignado a telecom	3
ratio: espacio disponible entre total	16%	ratio: espacio telecom entre usable	7%	ratio: espacio telecom entre usable	15%	ratio: espacio asignado a telecom entre total	9%

Fuente: Analysis of Pole Attachment Rate Issues in Tennessee; Elaboración: DGRAIC-MTC

Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26. (Págs. 21 y 22).

- 156. Al respecto, se advierte que el MTC consideró el ratio espacio disponible establecido para el estado de Utah, equivalente a 16%, porcentaje que es cercano a los valores obtenidos para el supuesto por la configuración física de los postes de nueve (9) y once (11) metros, equivalentes a 17% y 14%, respectivamente. Por tal motivo, el Informe N° 251-2013-MTC/26 concluyó que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable⁸⁴.
- 157. En virtud de lo anteriormente expuesto, en cuanto al supuesto referido a la configuración física de los postes de energía eléctrica, se colige que en el criterio que considera el espacio utilizado con la información proporcionada por la Secretaría Técnica de FITEL se representó que tales infraestructuras soportaban hasta tres (3) “arrendatarios”. Respecto del segundo supuesto, construido con la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se cuenta con información suficiente para identificar el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah.
- 158. Adicionalmente, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” a 20%⁸⁵.

⁸⁴ Informe N° 251-2013-MTC/26

(...).

Cabe notar que el citado valor [16% del estado de Utah] es cercano al ratio “espacio utilizable/espacio total” (D/C) observado en la información proporcionada por FITEL [17% para postes de nueve (9) metros y 14% para postes de once (11) metros]; lo que confirma que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable”. (precisiones agregadas entre paréntesis por este Cuerpo Colegiado Ad Hoc) (Pág. 22).

⁸⁵ Informe N° 251-2013-MTC/26

(...).



159. Por lo tanto, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en modo alguno se puede inferir un vínculo indesligable entre los valores de la variable “f” y del denominador “Na” y, tampoco una equivalencia del “Na” con un valor constante de tres (3), al estimar el valor de la variable “f” bajo el criterio del espacio utilizado puesto que:
- i) El MTC no realiza una referencia expresa al denominador “Na” en la construcción de la variable “f”.
 - ii) Utilizando el criterio del espacio utilizado, el MTC estimó la variable “f” considerando lo siguiente:
 - Con la información proporcionada por la Secretaría Técnica de FITEL, respecto de la configuración física de los postes eléctricos, determinó el ratio entre el espacio utilizable y el espacio total, considerando espacios hasta para tres (3) cables de fibra óptica, obteniendo ratios de 17% y 14% para el poste de nueve (9) y once (11) metros, respectivamente.
 - Con la información de la distribución de los espacios en estructuras eléctricas de diversos estados de Estados Unidos de Norteamérica, utilizó el espacio disponible establecido para el estado de Utah, equivalente a 16%, respecto del cual no es posible identificar el número de cables que soportaría el espacio disponible de la estructura.
 - A los valores obtenidos, el MTC añadió un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” a 20%, haciendo referencia a aspectos cualitativos sin sustentar cuantitativamente dicho incremento.
160. Por otra parte, sobre el **criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica**, el MTC nuevamente refiriéndose a la variable “f”, señaló que resulta razonable también distribuir el costo de la operación y mantenimiento en función al peso de los cables de telecomunicaciones que soporta la infraestructura eléctrica.
161. De esta manera en cuanto a este criterio, el modelo adoptado por el Informe N° 251-2013-MTC/26 estuvo conformado por una línea de tres (3) fases (con tres (3) conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y de hasta tres (3) cables ADSS de fibra óptica en la misma infraestructura (cables de hasta treinta (30) hilos, con vanos entre ochenta (80) y ciento veinte (120) metros).
162. Así, a efectos de la determinación del valor “f”, considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de hasta tres (3) cables de fibra óptica ADSS⁸⁶ y el peso de tres conductores eléctricos⁸⁷, obteniendo como resultado 12,75%⁸⁸.

Debido a que existen diferentes tipos de postes, que varían en altura, materiales, etc.; asimismo, considerando que se propone extender el valor del parámetro para ser aplicado también a torres de alta tensión, utilizamos un margen de seguridad adicional; por lo que el factor “f” resultante es de 20%”. (Pág. 22).

⁸⁶ De acuerdo con el Informe N° 251-2013-MTC/26, el peso aproximado de un cable de fibra óptica ADSS es equivalente a 95 Kg/Km.

⁸⁷ De acuerdo con el Informe N° 251-2013-MTC/26, el peso aproximado de un conductor eléctrico de 70 mm² es equivalente a 745 Kg/Km.

⁸⁸ Es preciso señalar que en el Informe N° 251-2013-MTC/26 se indicó como resultado 15%; sin embargo, dicha imprecisión fue rectificadas por el MTC en el Informe N° 292-2017-MTC/26, al explicar nuevamente el criterio considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, efectuado en la versión primigenia de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Se tiene:



163. De otro lado, luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base del segundo criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC también al igual que en el criterio que considera el espacio utilizado incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” obtenido de 15% a 20%⁸⁹, haciéndose referencia a aspectos cualitativos sin sustentar cuantitativamente el incremento de dicha variable.
164. Sobre la base de lo señalado en los párrafos precedentes, de manera similar a la estimación del valor de la variable “f” bajo el criterio del espacio utilizado, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, tampoco es posible advertir un vínculo indesligable entre los valores de la variable “f” y del denominador “Na” ni una equivalencia del “Na” con un valor constante de tres (3), en la estimación de la variable “f” bajo el criterio del peso que soporta la infraestructura eléctrica, debido a que:
- El MTC no realiza una referencia expresa al denominador “Na” en la construcción de la variable “f”.
 - Para la determinación del valor “f”, considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC utilizó el peso aproximado de tres (3) cables de fibra óptica ADSS entre el peso de tres (3) conductores eléctricos, obteniendo un valor equivalente a 12.75%.
 - El MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, haciendo referencia a aspectos cualitativos sin sustentar cuantitativamente el incremento del valor de la variable “f” a 20%, lo que representa un incremento mayor a 50% respecto del valor de 12.75%.
165. De esta manera, al contrastar lo establecido en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha y el Informe N° 251-2013-MTC/26, se desprende, que la referida norma define al denominador “Na” únicamente como “número de arrendatarios; mientras que, por su lado, del análisis efectuado al Informe N° 251-2013-MTC/26, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, no se vinculaba a la variable “f” con el denominador “Na” ni se le asignaba un valor constante de tres (3) al denominador “Na”.
166. Por tanto y sin perjuicio de no haber sido un documento de conocimiento de las partes, a diferencia de la posición sostenida por AZTECA y el TSC, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima que no resulta posible concluir que el Informe N° 251-

Informe N° 292-2017-MTC/26

(...).

Finalmente, para determinar la variable “f”, se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión, con lo que utilizando la Ecuación 1 el valor de la variable “f” resultó en 12.75%. No obstante el valor resultante del cálculo, se optó por considerar un valor de 20% para el factor “f”. (Pág. 8).

⁸⁹ Cabe precisar que en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el MTC reconoció que se incrementó el valor de la variable “f” sin el debido sustento. Al respecto:

Informe N° 292-2017-MTC/26

(...).

2.4.3. Comentarios sobre la determinación de variables en la metodología del año 2013

Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables “f” y “m” consideró una fuente de información reducida. (...). Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%. (...). (Subrayado agregado). (Pág. 9).

Asimismo, si se considera el valor real obtenido del ratio, ascendente a 12.75%, el referido margen de seguridad razonable resultaría aún más amplio, ya que éste se habría incrementado hasta en un 57% para obtener el valor final mencionado en el Informe.



2013-MTC/26 determinaba que la contraprestación periódica regulada para el “Na” equivalente a tres (3).

- **Informe N° 292-2017-MTC/26**

167. AZTECA sostiene que el denominador “Na” siempre debió tener un valor igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos, sobre la base del razonamiento económico desarrollado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el cual tendría a su vez sustento en el Informe N° 251-2013-MTC/26, posición que además habría sido reconocida por el Consejo Directivo del OSIPTEL, el MTC y el TSC⁹⁰.
168. Según AZTECA, en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se evidenció que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), pues para determinar el costo incremental (representado por la variable “f”) se parte de la premisa de que la capacidad máxima que soporta la infraestructura es de tres (3) cables de fibra óptica. Asimismo, el TSC sostuvo que la importancia de la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 no se encuentra en determinar si esta ostenta condición de una norma interpretativa, sino reside en su informe de sustento, toda vez que ratifica la correcta aplicación interpretación de la Metodología desde la fecha de emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que permite entender que el valor del “Na” es equivalente a tres (3).
169. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc de la revisión del referido Informe N° 292-2017-MTC/26 se advierte que:
- El Informe N° 292-2017-MTC/26 fue elaborado por la DGRAIC del MTC, como consecuencia del análisis y evaluación de los comentarios formulados al proyecto de la resolución viceministerial⁹¹ que modificaría los valores de las variables “f” y “m”, publicado por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03⁹².
 - En el Informe N° 292-2017-MTC/26, el denominador “Na” únicamente fue descrito como componente del factor “B” (Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios), tal como apareció en la versión primigenia de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que se muestra a continuación:

⁹⁰ De acuerdo a lo alegado por AZTECA, el TSC mediante su Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL, ha reconocido que el Informe N° 292-2017-MTC que sirve de sustento a la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de la aprobación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que permite entender que el valor del “Na” es equivalente a tres (3).

⁹¹ **Informe N° 292-2017-MTC/26**

(...).

I. ANTECEDENTES

(...).

1.21. El 20 de julio de 2017, mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, se realizó la segunda publicación para comentarios, del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la metodología (...).

1.22. Vencido el plazo de cinco (05) días calendario otorgado para la remisión de comentarios, se recibieron diversas opiniones de las empresas de energía eléctrica y organismos, las cuales son transcritas y respondidas en la matriz de comentarios que forma parte del presente informe.

1.23. Luego del análisis y evaluación de los comentarios formulados, se ha elaborado el presente informe, que sustenta la versión final de la Resolución Viceministerial que aprobará las modificaciones planteadas a la variables “m” y “f” de la metodología antes referida”. (Pág. 4).

⁹² Al respecto, confróntese con la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, publicado en la Edición de las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día jueves 20 de julio de 2017. Dirección URL: https://busquedas.elperuano.pe/download/full/4JZPELWDK0tAiUYH_xC4fL

Gráfico N° 8: Detalle del denominador “Na”

$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + i_m)$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
 $B = 1 / Na$
Donde *Na*: número de arrendatarios.
i_m: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable

Asimismo precisa que, para el caso de la infraestructura eléctrica, se debe considerar además:

$OMc = f \times OMs$

Donde:

f: 20%
OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Tabla 1: Cálculo de OMs

Cálculo de <i>OMs</i>	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{l}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$BT = (1 + m) \times TP$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes según los costos regulados del sector energía, considerando fletes, aduanas y aranceles, según sea el caso.
m: 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros.
l: 7.2%. Para baja tensión
h: 13.4%. Para media o alta tensión

Fuente: Informe N° 292-2017-MTC/26. (Pág. 5).

170. En efecto, no se advierte del Informe N° 292-2017-MTC/26, un sustento y/o esclarecimiento acerca de las premisas que las partes de una relación de compartición de infraestructura deben tener sobre el valor del denominador “Na” o, en su defecto, de los parámetros que deben tomarse en consideración para su determinación, ya que únicamente se encontró dirigido a sustentar las modificaciones de las variables “f” y “m”, realizadas por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.
171. En el Informe N° 292-2017-MTC/26, la DGRAIC sustentó la actualización del valor de la variable “f”⁹³ sobre la base de dos criterios: (i) criterio que considera el espacio utilizado, y (ii) criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica.
172. Con relación al **criterio que considera el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos**; el Informe N° 292-2017-MTC/26 señala que la propuesta final de cálculo del valor de la variable “f” tomará en cuenta el “número de arrendatarios o fibras” como equivalente a tres (3), de forma similar al Informe N° 251-2013-MTC/26 que sustentó la versión primigenia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha⁹⁴.

⁹³ Confróntese con las páginas diez (10) a trece (13) del Informe N° 292-2017-MTC/26.

⁹⁴ Informe N° 292-2017-MTC/26



173. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera necesario recordar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 tampoco contiene una referencia expresa sobre la determinación del valor del denominador “Na” o, en todo caso, un parámetro que hubiera permitido a las partes inferir inequívocamente la existencia de una relación de interdependencia tal entre la variable “f” y el valor del denominador “Na” que implique que este último sea siempre equivalente a tres (3).
174. Asimismo, para el criterio de espacio del Informe N° 251-2013-MTC/26, en el Informe N° 292-2017-MTC/28 se señala lo siguiente: “*Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la **posibilidad** de tener tres (03) arrendatarios*” (Subrayado y resaltado agregados).
175. Con relación al **criterio que considera el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto del peso de los conductores eléctricos**, en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el MTC señaló que por consistencia se modifica el número de fibras de uno (1) a tres (3)⁹⁵. Así, con el objeto de calcular el criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, la DGRAIC realizó una actualización de los siguientes valores: a) valor del peso promedio del cable de fibra óptica, siendo ahora equivalente a 139.23kg/km., y b) valor del peso promedio de la línea de transmisión, cuyo valor resultó en 2 279.98 kg/km⁹⁶.
176. Luego de la actualización de los valores del peso promedio de la fibra óptica y del peso promedio de la línea de transmisión, la DGRAIC indicó que para el cálculo del valor de la variable “f” –sobre la base del criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica–, partiría de la premisa que una infraestructura puede soportar tres (3) cables de fibra óptica, tal como ocurre en el criterio que considera el espacio utilizado. De esta manera, la DGRAIC halló el valor de la variable “f” en función del siguiente ratio:

Gráfico N° 9: Ratio de cálculo del valor de la variable “f”

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$
$$= \frac{3 \times 139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

Fuente: Informe N° 292-2017-MTC/26.

177. Conforme a lo anterior, la DGRAIC propone la utilización del valor 18.3%, **válido para las líneas de transmisión de media y alta tensión**, dado que los valores aproximativos para la variable “f” son equivalentes a 18.3% (según el criterio que

“2.5.1 Actualización de la variable “f”
(...).

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio (...).

⁹⁵ Confróntese con la página diez (10) del Informe N° 292-2017-MTC/26.

⁹⁶ Confróntese con las páginas diez (10) a doce (12) del Informe N° 292-2017-MTC/26.

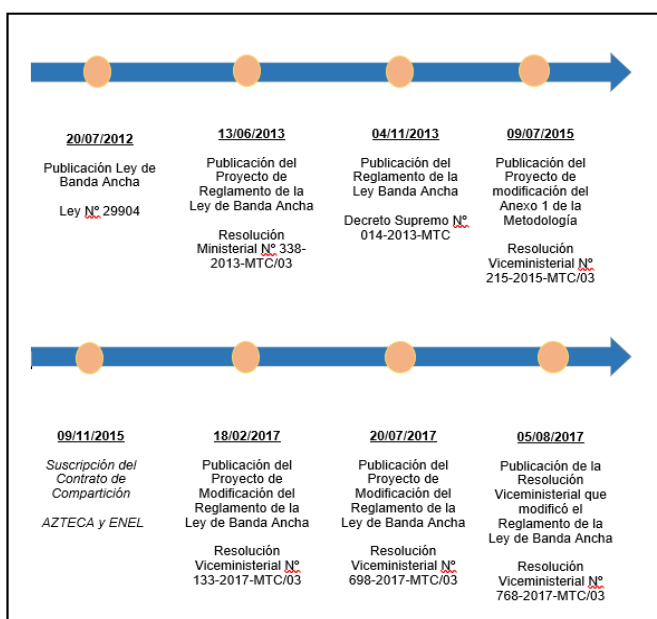


considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica) y a 17% (según el criterio que considera el espacio, de acuerdo a la Metodología del año 2013).

- 178. De todo lo anterior, puede concluirse que los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26 únicamente desarrollan la construcción de la variable “f”, partiendo de la premisa que una infraestructura puede soportar un número de fibras de hasta tres (3); sin embargo, en ninguno de dichos informes se vincula a la variable “f” con el denominador “Na”, ni se atribuye a este último un valor constante igual a tres (3).
- 179. Por el contrario, como se demostrará a continuación, el propio MTC realiza simulaciones de la aplicación de la versión primigenia de la Metodología (del año 2013), utilizando un “f” equivalente a 20% -el cual habría sido construido a partir de la premisa de tres (3) cables de fibra óptica según el Informe N° 251-2013-MTC/26-; y, un denominador “Na” igual a 1 al tener un solo arrendatario en la infraestructura.
- 180. En efecto, de la revisión de los documentos que sustentaron los tres proyectos de modificación del Anexo N° 1 de la Metodología, publicados por el MTC, uno en 2015 (Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03) y dos en 2017 (Resoluciones Viceministeriales Nos. 133 y 698-2017-MTC/03)⁹⁷, se evidencian simulaciones efectuadas por el propio MTC, entidad que elaboró y refrendó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en los cuales se desvirtúa la vinculación entre los la variable “f” y el denominador “Na”, conforme se muestra a continuación:

- **En la exposición de motivos del proyecto de modificación del año 2015 (Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03), se realizó una simulación de la aplicación de la Metodología con los valores que se encontraban vigentes en el 2015 (es decir, los aprobados en 2013), así como con los valores propuestos para la variable “f” en dicha propuesta, a efectos de**

⁹⁷Gráfico N° 10: Cronología de la normativa y propuestas normativas referidas al Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha



Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc.



comparar los resultados de los montos de las contraprestaciones obtenidas a partir de los valores vigentes (aprobados en el año 2013) y los valores de la propuesta de modificación del año 2015.

Para ello, el MTC asumió ciertos supuestos, entre ellos, que el arrendamiento es provisto solo a una empresa de telecomunicaciones, consignando para ello un valor de uno (1) al denominador "Na". Textualmente, se indicó lo siguiente:

Gráfico N° 11: Simulación de la propuesta de modificación del año 2015 (RV 215-2015-MTC/03)

A continuación se efectúa la simulación de la aplicación de la Metodología con los valores actuales, así como con los valores propuestos para las variables "f" y "m"; seleccionando las líneas más utilizadas en alta y media tensión con diferentes soportes: torre de acero, postes de concreto y postes de madera, a efectos de comparar los resultados con los precios de mercado señalados previamente. Cabe indicar que para la variable i_m (tasa de retorno mensual o margen de utilidad razonable) se utilizó la tasa de actualización anual de 12% señalada en el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844)¹⁵ que mensualizada equivale a $i_m=0.95\%$. Asimismo, el valor de la variable "h" se tomó de la Metodología (h=13.4%); y se efectuaron los siguientes supuestos: i) el arrendamiento es provisto sólo a una empresa de telecomunicaciones (variable Na=1) y ii) no hay impuestos municipales (Imp=0). Con los referidos valores, se procedió a aplicar la Metodología¹⁶, obteniendo los siguientes resultados:

Fuente: Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03

181. Como puede apreciarse, al realizar la simulación de la aplicación de la fórmula con los valores vigentes aprobados mediante el Reglamento de la Ley de Banda Ancha en el año 2013, el mismo MTC consideró un valor igual a uno (1) para el denominador "Na", al considerar como premisa el arrendamiento a sólo una empresa de telecomunicaciones. Esto implica que el MTC no estimó que el valor "f" igual a 20% determinase que el valor del denominador "Na" debía ser igual a tres (3), es decir, no determinó relación entre las variables mencionadas al momento de la aplicación de la fórmula, como lo infiere AZTECA.
182. Es pertinente indicar que, la citada Resolución Viceministerial se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 9 de julio de 2015, con posterioridad a la aprobación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, pero con anterioridad a la fecha de celebración del Contrato de Compartición.
 - **En los informes que sustentaron los proyectos de modificación de febrero y julio de 2017 (Resoluciones Viceministeriales Nos. 133 y 698-2017-MTC/03, respectivamente), se realiza similar simulación a la efectuada en el proyecto de modificación del año 2015, considerándose también que el arrendamiento es provisto a solo una empresa de telecomunicaciones (Na=1), como se muestra a continuación:**

**Gráfico N° 12: Simulación de la propuesta de modificación de febrero de 2017 (RV 133-2017-MTC/03)**

A continuación efectuaremos la simulación de la aplicación de la Metodología con los valores actuales y propuestos para las variables "f" y "m"; seleccionando las líneas más utilizadas en alta y media tensión con diferentes soportes: torre de acero, postes de concreto y postes de madera, a efectos de comparar los resultados con los precios de mercado señalados previamente.

Cabe señalar que para la variable i_m (tasa de retorno mensual o margen de utilidad razonable) se utilizó la tasa de actualización anual de 12% señalada en el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844) que mensualizada equivale a $i_m = 95\%$. Asimismo, el valor de la variable "h" se tomó de la metodología ($h = 13.4\%$) y se efectuaron los siguientes supuestos: i) el arrendamiento es provisto sólo a una empresa de telecomunicaciones ($N_a = 1$) y, ii) no hay impuestos municipales ($imp = 0$). Luego con los referidos valores, se procedió a aplicar la Metodología, obteniéndose los siguientes resultados:

Fuente: Informe N° 040-2017-
MTC/26

Gráfico N° 13: Simulación de la propuesta de modificación de julio de 2017 (RV 133-2017-MTC/03)

A continuación se efectúa la simulación de la aplicación de la Metodología con los valores actuales, así como con los valores propuestos para las variables "m" y "f"; seleccionando las líneas más utilizadas en alta y media tensión con diferentes soportes: torres de acero, postes de concreto y postes de madera, a efectos de comparar los resultados con los precios de mercado señalados previamente. Cabe indicar que para la variable i_m (tasa de retorno mensual o margen de utilidad razonable) se utilizó la tasa de actualización anual de 12% señalada en el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844)¹⁰ que mensualizada equivale a $i_m = 0.95$. Asimismo, el valor de la variable "h" se tomó de la Metodología ($h = 13.4\%$); y se efectuaron los siguientes supuestos: i) el arrendamiento es provisto sólo a una empresa de telecomunicaciones (variable $N_a = 1$) y ii) no hay impuestos municipales ($imp = 0$). Con los referidos valores, se procedió a aplicar la Metodología¹¹, obteniendo los siguientes resultados:

Fuente: Informe N° 256-2017-
MTC/26

183. En el mismo sentido que la simulación efectuada en la Exposición de Motivos de la Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, en los Informes N° 040-2017-MTC/26 y 256-2017-MTC/26, el MTC consideró un valor igual a uno (1) para el denominador "Na", al considerar como premisa el arrendamiento a sólo una empresa de telecomunicaciones, pese a aplicar un valor de "f" igual a 20% , lo cual reafirma que dicha autoridad no determinó una relación entre las variables mencionadas al momento de la aplicación de la fórmula, como lo infiere AZTECA.
184. Adicionalmente, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc en los citados documentos advierte que el propio MTC en aplicación de la Metodología emitida en su versión original no determinaba una relación entre los valores "f" y el "Na" en las simulaciones realizadas en sus propuestas normativas de los años 2015 y 2017, en las que obtiene las siguientes remuneraciones mensuales por el arrendamiento de infraestructura eléctrica, calculadas sobre la base de un denominador "Na" igual a uno (1):



Gráfico N° 14:
Resultados de simulación en la propuesta de modificación del año 2015 (RV 215-2015-MTC/03)

Cuadro N° 5: Remuneración Mensual estimada por el arrendamiento de infraestructura eléctrica						
Descripción Infraestructura	Código Estándar Módulo	TP (Costo de la Infraestructura Torre/Poste) en US\$ ¹⁷		RM Actual (S/.)	RM Propuesta (S/.)	
Postes de Madera - DOBLE TERNA COSTA RURAL DE 0 A 1000 MSNM Alta Tensión (220kV)	LT-220COR0PMD0C1500A	Promedio por Poste		11,175.13	134.2	27.2
		Máximo valor en la línea	Estructura de Angulo Mayor (>50° - 90°) compuesto por 6 postes de madera tratada 90° Clase H1	24,026.2	288.6	58.5
		Mínimo valor en la línea	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 90° Clase H1	10,558.0	126.8	25.7
Torres de Acero - SIMPLE TERNA SELVA RURAL DE 0 A 1000 MSNM Alta Tensión (138kV)	LT-138SER0TAS1C4240A	Promedio por Torre		7,001.2	84.1	17.1
		Máximo valor en la línea	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RS1+3	17,039.5	204.7	41.5
		Mínimo valor en la línea	Torre de suspensión tipo SS1 (5°) Tipo SS1-6	4,530.6	54.4	11.1
Postes de Concreto - DOBLE TERNA SIERRA RURAL DE 1000 A 3000 MSNM Media Tensión (33kV)	LT-033SIR0PCS0C1120A	Promedio por Poste		1,054.9	12.7	2.6
		Máximo valor en la línea	1 Poste de concreto (16/900) de retención y terminal (90°) Tipo RTUS1-16	1,450.5	17.4	3.5
		Mínimo valor en la línea	1 Poste de concreto (16/400) de suspensión (3°) Tipo SUS1-16	1,024.7	12.3	2.5

Elaboración: DGRAIC-MTC

Fuente: Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03



**Gráfico N° 15:
Resultados de Simulación en la Propuesta de modificación de Febrero 2017**

Cuadro N° 5: Remuneración Mensual estimada por el arrendamiento de infraestructura eléctrica

Descripción Infraestructura	Código Estándar Módulo	TP (Costo de la Infraestructura Torre/Poste) en US\$	RM Actual (S/)	RM Propuesta (S/)	
Torres de Acero - SIMPLE TERNA SIERRA A 1000 MSNM Alta Tensión (60kV)	LT-060SIR1TA51C1120A	Torre de suspensión tipo S1 (5') Tipo S1-6	6,875.1	91.9	26.1
Postes de Madera - SIMPLE TERNA COSTA A 1000 MSNM Alta Tensión (220kV)	LT-220COROPMS0C1500A	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 85' Clase 3	4,756.3	63.6	18.0
Torres de Acero - SIMPLE TERNA SIERRA A 1000 MSNM Alta Tensión (138kV)	LT-138SIROTA51C1240A	Torre de suspensión tipo S51 (5') Tipo S51-6	9,646.9	129.0	36.6

Elaboración: DGRAIC-MTC

Fuente: Informe N° 040-2017-MTC/26

**Gráfico N° 16:
Resultados de Simulación en la Propuesta de modificación de Julio 2017**

Tabla 7: Remuneración Mensual estimada por el arrendamiento de infraestructura eléctrica

Descripción Infraestructura	Código Estándar Módulo	TP (Costo de la Infraestructura Torre/Poste) en US\$ ^{1/}	RM Actual (S/) ^{2/}	RM Propuesta (S/)	
Torres de Acero - SIMPLE TERNA SIERRA RURAL DE 3001 A 4500 MSNM Alta Tensión (60 kV)	LT-060SIR1TA51C1120A	Torre de ángulo menor tipo A1 (30') Tipo A1±0	5,382.7	70.2	22.3
Postes de Concreto y Acero - SIMPLE TERNA COSTA URBANA DE 0 A 1000 MSNM Alta Tensión (60 kV)	LT-060COUACD0C1300A	1 Poste autosoportable de acero (17/3500) de suspensión (25') Tipo SU11-17	10,143.3	132.3	42.0
Postes de Madera - SIMPLE TERNA COSTA RURAL DE 0 A 1000 MSNM Alta Tensión (220 kV)	LT-220COROPMS0C1500A	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 85' Clase 3	4,974.3	64.9	20.6
Postes de Concreto - SIMPLE TERNA SIERRA RURAL DE 1000 A 3000 MSNM Media Tensión (33 kV)	LT-033SIR0PC50C1120A	1 Poste de concreto (16/400) de suspensión (30') Tipo SUS11-16	980.9	12.8	4.7
Postes de Concreto - SIMPLE TERNA SIERRA RURAL DE 1000 A 3000 MSNM Media Tensión (33 kV)	LT-033SIR0PC50C1070A	1 Poste de concreto (16/500) de suspensión (30') Tipo SUS11-16	1,061.1	13.8	4.4
Postes de Concreto - SIMPLE TERNA SELVA RURAL DE 0 A 1000 MSNM Media Tensión (33 kV)	LT-033SER0PC50C1095A	1 Poste de concreto (16/700) de suspensión (30') Tipo SUS11-16	1,505.7	19.6	6.2

Nota:
^{1/} El precio promedio por poste y/o torre es obtenido considerando los costos agregados de los materiales, aduanas y flete, entre la cantidad de total de torres o postes por cada línea.
^{2/} Se consideró un tipo cambio de 3.27 correspondiente al mes de junio de 2017. Fuente: BCRP
 Elaboración: DGRAIC

Fuente: Informe N° 256-2017-MTC/26

185. Conforme se puede observar, la remuneración mensual (RM Actual), obtenida de los cálculos realizados de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha con los valores aprobados en el año 2013



(entre ellos, considerando un “f” equivalente a 20%), ha sido calculada con un denominador “Na” igual a uno (1).

186. Así, a manera de ejemplo, del cuadro que corresponde a los resultados de la Simulación del Proyecto de modificación de Julio 2017 y en el caso de la estructura con código LT-060SIR1TAS1C1120A (*Torres de Acero – Simple Terna Sierra Rural de 3001 a 4500 msnm Alta Tensión (60kV)*), se utiliza un TP (*Costo de la Infraestructura Torre/Poste*) de US\$ 5,382.7, y se obtiene como resultado de la remuneración para la fórmula actual (*RM Actual*) un monto ascendente a S/. 70.2⁹⁸. Dicho resultado (RM Actual de S/. 70.2) evidencia que el MTC aplicó necesariamente un valor de uno (1) para el denominador “Na” en la simulación realizada de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha con los valores aprobados en el año 2013, de lo contrario no se habría obtenido dicho resultado.
187. En ese sentido, se evidencia del sustento de los Proyectos de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que con independencia de que para la construcción del valor “f” se considere como posibilidad la existencia de hasta tres (3) en cada estructura eléctrica, al aplicar los valores vigentes de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el MTC consideraba posible que el denominador “Na” tuviese un valor igual a uno (1), bajo el supuesto de que el arrendamiento es provisto a solo una empresa.
188. Entonces, podemos considerar que, para acoger la interpretación de AZTECA con relación a la interdependencia entre los valores “f” y “Na”, el MTC al realizar las referidas simulaciones tendría que haber considerado un valor del denominador “Na” acorde con lo construido en la variable “f” en la metodología del año 2013, independientemente del número de arrendatarios efectivos que hubiera en la infraestructura. Sin embargo, el MTC en las simulaciones realizadas, no aplicó en la fórmula vigente y en la propuesta un “Na” igual a tres (3), sino un “Na” igual a uno (1), aun cuando para la determinación del valor del “f” se consideró la existencia de tres (3) cables de fibra óptica.
189. Sumado a lo anterior, consideramos relevante mencionar que, si bien el MTC no ha señalado de forma expresa en la normativa vigente el valor del denominador “Na”, se advierte que en el Informe N° 256-2017-MTC/26 sí se indica que la fórmula vigente -la del año 2013- considera un valor del denominador “Na” dinámico; es decir, en función al número efectivos de arrendatarios y no de acuerdo a como ha sido construida la variable “f”, como señala AZTECA.
190. En efecto, el informe N° 256-2017-MTC/26 menciona textualmente lo siguiente:
- “En primer lugar, es necesario recalcar que la fórmula vigente considera un valor Na dinámico, es decir, que a medida que ingrese un nuevo arrendatario el valor del Na genera la distribución de gasto por el mantenimiento incremental (...)”*
(Énfasis agregado).
191. En el mismo sentido, en el referido informe N° 256-2017-MTC/26, el MTC acoge uno de los comentarios de FITEL, señalando cómo debe continuar entendiéndose el denominador “Na”. Así, se señala textualmente lo siguiente:

⁹⁸

Se detalla en el mismo cuadro, se ha considera un tipo de cambio equivalente a 3.27.



“(…) En ese sentido, se acoge el comentario de FITEC de **mantener el valor de la variable NA como en la metodología vigente, es decir, dinámico.**” (Énfasis agregado)

192. En conclusión, los informes que sustentan los proyectos de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, permiten desvirtuar la supuesta interdependencia existente entre el “f” y “Na” desde la emisión de la versión primigenia de la Metodología pues:

- Contienen simulaciones de cómo se aplicaba la fórmula vigente contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha utilizando un denominador “Na” igual a uno (1) asumiendo que el arrendamiento es provisto a solo una empresa de telecomunicaciones, aun cuando para la determinación del valor del “f” se consideró la existencia de tres (3) cables de fibra óptica.
- El Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustentó la propuesta de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha en el año 2017, menciona expresamente que la variable “Na” de la fórmula vigente considera un valor dinámico, entendiéndose esto como arrendatarios efectivos.

193. Sobre la base de lo expuesto, luego de una valoración recurriendo a los contenidos de los antecedentes y documentos de sustento directamente vinculados al Reglamento de la Ley de Banda Ancha y su modificatoria, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que el denominador “Na” a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición solo podía equivaler al número de arrendatarios existentes en la infraestructura eléctrica (Na efectivos) considerando que:

- i) El marco jurídico vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición definía al “Na” como número de arrendatarios;
- ii) Del análisis del informe N° 251-2013-MTC/26 no se desprende una relación de interdependencia entre la variable “f” y el denominador “Na”, que suponga que dicho denominador deba tener un valor constante equivalente a tres (3);
- iii) A pesar que con ocasión de la construcción de la variable “f” en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se parte de la premisa que una estructura pueda soportar tres (3) cables, ello no determina que las partes pudieran haber asumido un “Na” igual a tres (3) desde el inicio de su relación contractual; y,
- iv) Las simulaciones efectuadas por el propio MTC en los proyectos de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (del 2015 y del 2017) se le asigna un valor al denominador “Na” en función al número de arrendatarios efectivos.

Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03

194. De acuerdo con el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones del MTC pueden modificarse los valores de las variables “f”, “m”, “l” y “h” de la metodología⁹⁹. Así, en agosto del 2017, se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (sustentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26), cuyo título señala que **modifica** los valores de las variables “m” y “f” de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.



195. Asimismo, de la revisión del contenido de esta norma, se verifica que con relación a la variable “f”, se mantuvo el valor de 20% para el caso de la línea eléctrica de baja tensión y se modificó su valor de 20% a 18.3%, para el caso de la línea eléctrica de media y/o alta tensión. Con relación a la variable “m”, se mantuvo el valor de 77% para la línea eléctrica de baja tensión y se modificó su valor de 77% a 84.3%, para el supuesto de la línea eléctrica de media y/o alta tensión.
196. Al respecto, es posible advertir que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, tiene únicamente un *carácter normativo modificatorio*, en tanto su objeto (fórmula resolutive) fue sólo modificar los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha¹⁰⁰, lo cual rige a partir del día siguiente de su publicación.
197. En razón a ello, no resultaría posible considerar que si la modificación del valor de “f” rige desde la vigencia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, pueda interpretarse que el denominador “Na” siempre debió considerarse como equivalente a tres (3) desde la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que es materia de modificación, máxime si el denominador “Na” solo puede ser modificado por Decreto Supremo, a propuesta del MTC, el Ministerio de Energía y Minas, el OSIPTEL y el OSINERGMIN, conforme lo dispone la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Banda Ancha¹⁰¹.
198. De otro lado, la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 tampoco puede ser considerada una norma interpretativa¹⁰² de la versión original del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en cuanto al valor del denominador “Na”, cuyos efectos puedan atribuirse desde la norma interpretada.
199. En efecto, el propio Tribunal Constitucional se pronunció sobre la vigencia de las normas interpretativas, tal como se enuncia a continuación:
- “(..); sin embargo, es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada, (...), sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia. La norma interpretativa nada crea, tiene como única finalidad aclarar una norma, a la que en modo alguno modifica, y no pretende innovar sino evitar el error de aplicación”¹⁰³.*
(Énfasis agregado).
200. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido los siguientes requisitos para considerar que una norma tiene naturaleza interpretativa:
- “26. Para que una norma interpretativa pueda ser considerada como tal, debe:*
- a. Referirse a una norma legal anterior;*
 - b. Fijar el sentido de la misma pronunciándose por uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada; y*

¹⁰² Al respecto, el artículo 102° de la Constitución Política reconoce la plena admisibilidad de la promulgación de normas interpretativas como atribución del Congreso de la República. Sin embargo, ello no implica que sea el único órgano legislativo que tenga la facultad de emitir normas interpretativas, pues habrá también interpretación auténtica cuando el Poder Ejecutivo mediante un decreto supremo interpreta un previo decreto supremo y así, sucesivamente, en la correspondiente jerarquía normativa.



c. No debe incorporarle un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material¹⁰⁴.

201. Asimismo, el referido órgano supremo intérprete de la Constitución Política refirió que las normas interpretativas son aquellas que “declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente, utiliza palabras como “interpretétese”, “aclárese” o “precísese”¹⁰⁵.
202. Conforme a lo anterior, la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 que modificó entre otros la variable “f” de la Metodología, no constituye una norma modificatoria ni interpretativa respecto del denominador “Na”.
- **Oficios Nos. 520-2017-MTC/03 y 579-2017-MTC/26**
203. AZTECA argumentó que, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, notificado con fecha 3 de octubre de 2017, el MTC determinó que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos.
204. Al respecto, de la revisión del mencionado oficio, se advierte que constituye una comunicación del entonces Viceministro de Comunicaciones del MTC remitida a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, después de la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, mediante las cuales señala que al haber tomado conocimiento de las dudas de las empresas titulares de infraestructura de cómo aplicar el valor del denominador “Na”, estiman conveniente indicar que el valor del referido denominador es igual a tres (3)¹⁰⁶.
205. Al respecto, ENEL indicó en la audiencia de informe oral que el MTC no ha sido consistente en sus comunicados sobre el valor que corresponde asignar al denominador “Na”, toda vez que incluso mediante Oficio N° 579-2017-MTC/26, de fecha 8 de setiembre de 2017¹⁰⁷, la DGRAIC señaló que el valor del denominador “Na” corresponde al **número efectivo de arrendatarios** en un determinado punto de apoyo¹⁰⁸. Es importante precisar que, dicho órgano fue el emisor del Informe N° 292-2017-MTC/23, que sustentó la modificación de la Metodología efectuada mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.
206. Este Cuerpo Colegiado procederá a valorar el medio probatorio ofrecido a fin de determinar si constituye una de las fuentes de interpretación del ordenamiento positivo recogidas en la LPAG¹⁰⁹, como son los **pronunciamientos vinculantes de aquellas**

¹⁰⁶ En los referidos Oficios se señala textualmente: “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, independientemente del número de arrendatarios efectivos”.

¹⁰⁷ Como se precisa en la Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL.

¹⁰⁸ El Oficio 579-2017-MTC/26 precisó que: “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”.

¹⁰⁹ TUO de la LPAG
Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo



entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, **debidamente difundidas**.

207. Respecto a la inconsistencia sobre el valor que corresponde asignar al denominador “Na” entre los Oficios N° 579-2017-MTC/26 y N° 520-2017-MTC/03¹¹⁰, el TSC ha manifestado que el MTC adecuó su posición, con la expedición del Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido por un órgano jerárquicamente superior, el Viceministro de Comunicaciones, evidenciando la existencia de una posición unívoca en el MTC en el sentido que el valor del “Na” es equivalente a tres(3).
208. Sin embargo, de la revisión al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MTC, vigente a la fecha de la emisión de los Oficios N° 520-2017-MTC/03 y N° 579-2017-MTC/26, tanto el Viceministro de Comunicaciones del MTC, como el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones no contaban con la facultad expresa de atender consultas técnico normativas en materia de comunicaciones. A la fecha dicha función se encuentra en la “*Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones*”, actual denominación de la “*Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones*”¹¹¹.
209. Sin perjuicio de lo anterior, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc las divergentes opiniones respecto del valor que corresponde asignar al denominador “Na” dentro del propio MTC, evidencian que pese a la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, el órgano encargado de la emisión y elaboración del Informe N° 292-2017-MTC/23¹¹², (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales en Telecomunicaciones), consideraba que el denominador “Na” corresponde ser entendido como “número de arrendatarios efectivos” en el punto de apoyo (poste).
210. Por las consideraciones expuestas precedentemente, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc los Oficios Nos. 520-2017-MTC/03 y 579-2017-MTC/26 no pueden ser considerados un pronunciamiento vinculante del órgano facultado del MTC que permita interpretar de manera unívoca que el valor del “Na” era equivalente a tres (3) desde el inicio de la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- **Mandato de Compartición**

211. AZTECA señaló que el Consejo Directivo del OSIPTEL determinó que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), fundamentando su decisión en la normativa vigente y los informes que la sustentan, particularmente en el Informe N° 292-2017-MTC/26, así como a un criterio de eficiencia, a fin de que cada arrendatario pague exclusivamente por el costo incremental.

(...) 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.”

¹¹⁰ Emitido por el señor Carlos Valdez Velasquez López, Viceministro de Comunicaciones del MTC.

¹¹¹ El ROF del MTC vigente aprobado por Resolución Ministerial N° 959-2017-MTC/01. Se tiene:

Funciones de la Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones

“Artículo 149.-Son funciones de la Dirección General de Políticas Regulación en Comunicaciones las siguientes:

(...)

s) Emitir opinión técnica en el ámbito de su competencia. (...).”

¹¹² Cabe indicar que el señor Manuel Fernando Muñoz Quiroz, Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC, hizo suyo el contenido del Informe N° 292-2017-MTC/26.



212. Sobre el particular, resulta necesario previamente recordar que de conformidad con el artículo 3°¹¹³ de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, y en concordancia con el artículo 23° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), el **OSIPTEL cuenta con la función normativa la cual comprende la facultad de dictar mandatos**, de manera exclusiva y dentro del ámbito de sus respectivas competencias.
213. Además, según el artículo 2°¹¹⁴ del Reglamento de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley N° 28337, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de Organismos Reguladores), en concordancia con el artículo 24°¹¹⁵ del Reglamento General del OSIPTEL, **el Consejo Directivo ejerce de manera exclusiva la citada función normativa.**
214. En ese contexto, en la página 174 del informe de sustento del Mandato de Compartición, el Consejo Directivo sostiene que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 define el “Na” como número de arrendatarios *“sin dar mayor detalle, ni especificar si son arrendatarios efectivos, máximos o teóricos”*, por lo que se precisa que el **OSIPTEL, es el encargado de definir dicha variable en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.**
215. Así, en ejercicio de su facultad normativa, que comprende la emisión de mandatos de compartición, el máximo órgano del OSIPTEL determinó que el valor del denominador “Na” debía ser igual a tres (3), considerando la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 que modificó la variable “f”, y tomando en consideración que ésta fue dimensionada sobre la base de tres (3) cables de comunicación.
216. Sin embargo, el propio Consejo Directivo del OSIPTEL, en la parte resolutive del Mandato de Compartición entre AZTECA y ENEL, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, señaló lo siguiente:

“Artículo 3.- El Mandato de Compartición de Infraestructura que se dicta mediante la preséntese resolución entra en vigencia al día siguiente de su modificación.”

¹¹³ **Ley Marco de los Organismos Reguladores**

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...).

c) Función normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; (...). (Subrayado agregado).

¹¹⁴ **Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores**

“Artículo 2.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores

La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador”.

¹¹⁵ **Reglamento General del OSIPTEL**

“Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas”.



217. Asimismo, en el Informe N° 00057-GPRC/2018, que sustentó dicho mandato, se señaló lo siguiente, respecto a los efectos de la modificación de los términos contractuales del Contrato de Compartición:

“Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.”¹¹⁶

218. Esta situación ya ha sido reconocida en diversos mandatos de compartición¹¹⁷, así como en diversos pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados Ad Hoc y del TSC durante la tramitación de otros expedientes¹¹⁸.

219. Por su parte, en el presente procedimiento de solución de controversias, al estar referido al periodo previo a la emisión del Mandato de Compartición, se ha analizado considerando la normativa vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición.

- **Sobre la estimación de AZTECA sobre el porcentaje que representa la contraprestación periódica respecto a los costos totales de operación y mantenimiento sin compartición**

220. De otro lado, en sus escritos del 5 de diciembre de 2019 y 19 de junio de 2020, así como en la audiencia de informe oral, AZTECA alegó que habría pagado anualmente a ENEL el 84.4% de los costos totales anuales de operación y mantenimiento de sus estructuras eléctricas (US\$ 725,849) que corresponde a US\$ 612,328, habiendo obtenido dicha cálculo de la información entregada por ENEL en el procedimiento de emisión del Mandato de Compartición, y elaborada por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (en adelante, GPRC).

221. Al respecto, AZTECA afirma que el importe antes indicado constituye una diferencia abismal con lo que desde la fecha de emisión del mandato se le exige pagar. En ese sentido, señala que el mandato de compartición ordenó pagar anualmente a ENEL el monto de US\$ 52,418, el cual representa el 7.23% del costo de operación y mantenimiento anual de ENEL, siendo que dicho porcentaje se encuentra en el rango del 1/3 del 18.3%, que la Metodología establece como costo incremental que debe cobrarse a los arrendatarios de la infraestructura (variable “f”).

222. Ante lo expuesto, ENEL ha alegado que la información que esta entregó en el procedimiento de emisión del Mandato de Compartición no representa los costos de operación y mantenimiento, sino simplemente las cantidades y tipos de estructuras

¹¹⁶ Confróntese con la página ciento ochenta y seis (186) del Informe N° 00057-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Compartición entre AZTECA y ENEL.

¹¹⁷ A modo de ejemplo, se pueden revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo del OSIPTEL, en la aprobación de los mandatos de compartición: Resolución N° 097-2018-CD/OSIPTEL y Resolución N° 098-2018-CD/OSIPTEL, ambas publicadas el 24 de abril de 2018 en el Diario Oficial “El Peruano”.

¹¹⁸ A modo de ejemplo, se pueden revisar los siguientes pronunciamientos, a través de los cuales el Cuerpo Colegiado Ad Hoc y TSC del OSIPTEL señalan que los mandatos no tienen efectos retroactivos: i) Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 9 de marzo del 2018, y Resolución N° 009-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 10 de mayo de 2018 (Expediente 008-2017-CCO-ST/CI) y (ii) Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 19 de enero del 2018 y Resolución N° 008-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018 (Expediente 007-2017-CCO-ST/CI).



arrendadas a AZTECA. Asimismo, mencionan que las cifras del SICODI, utilizadas en el procedimiento de emisión del Mandato de Compartición, representan costos de inversión y no costos de mantenimiento, como estaría tratando de dar a entender AZTECA.

223. Finalmente, ENEL refiere que las cifras calculadas por AZTECA han sido direccionadas y sobredimensionadas a su conveniencia. Para ello señalan que las cantidades de estructuras usadas por AZTECA (y usadas por el Consejo Directivo en el Mandato de Compartición) son falsas, pues no han sido las cantidades reportadas por ENEL, sino por la misma AZTECA en el proceso de mandato de compartición. Por último, señalan que el monto ascendente a US\$ 612,328 que alega AZTECA pago en un año, corresponde a trece meses.
224. Sobre las alegaciones expuestas, es importante precisar que si bien se aprecian errores e imprecisiones en los valores utilizados para el ejercicio realizado por AZTECA para hallar el porcentaje que representaría lo pagado anualmente a ENEL respecto de los costos totales de operación y mantenimiento que esta debería asumir por sus infraestructuras, el objetivo de obtener un porcentaje de la división de los costos de operación y mantenimiento sin compartición sobre la remuneración efectivamente pagada, es reflejar el porcentaje atribuible a las empresas de telecomunicaciones cuando se comparte infraestructura, representado por la variable “f” en la Metodología. Al respecto, en vista de que el cuestionamiento de AZTECA se encuentra referido a la variable “f”, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, ya se pronunció en el extremo que para la fecha de determinación de la contraprestación periódica no se evidenciaba una interdependencia entre los componentes “f” y “Na”, por lo que considerando que la variable “f” no es materia de la presente controversia no corresponde su análisis.
225. En ese sentido, de acuerdo con el análisis efectuado por este Cuerpo Colegiado Ad Hoc en relación al **segundo punto controvertido** se ha llegado a las siguientes conclusiones:
- (i) El 9 de noviembre de 2015, AZTECA y ENEL suscribieron el Contrato de Compartición, y a partir del mes de julio de 2016 ENEL facturó a AZTECA la contraprestación periódica por acceso y uso de su infraestructura.
 - (ii) A la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, las partes únicamente se encontraron sometidas a lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha y su reglamento (con anterioridad a la modificación realizada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03), en tanto fue el único marco normativo vigente al que las partes debían regirse, a efectos de asignar un determinado valor al denominador “Na”.
 - (iii) El Informe N° 251-2013-MTC/26 **no** contiene una referencia expresa sobre la determinación de un valor constante para el denominador “Na” equivalente a tres (3), ni permitía a las partes inferir la existencia de una relación de interdependencia entre la variable “f” y el valor del denominador “Na”.
 - (iv) Si bien el diseño de la variable “f” consideró **hasta** tres (3) cables de fibra óptica como espacio y peso que soportan las estructuras, no lo enlaza de modo alguno con el valor del denominador “Na”.

De hecho, en la exposición de motivos del proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha del año 2015, así como los informes



N° 040-2017-MTC/26 y N° 256-2017-MTC/26, que sustentaron las propuestas de modificación del referido Reglamento en el año 2017, el MTC realizó simulaciones en las que contempla un “f” construido con tres (3) cables, asignándole al “Na” un valor de uno (1), bajo el supuesto que el arrendamiento era provisto a solo una empresa de telecomunicaciones; es decir, considerándola como una variable dinámica que responde al número de arrendatarios efectivos.

- (v) El Informe N° 256-2017-MTC/26, acogiendo uno de los comentarios de FITEL, indica expresamente que la formula vigente al año 2013, considera un valor del denominador “Na” dinámico; es decir, en función al número efectivos de arrendatarios y no de acuerdo a como ha sido construida la variable “f”, como señala AZTECA.
- (vi) Sin perjuicio de la antes desarrollada valoración realizada por este Cuerpo Colegiado Ad Hoc respecto de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (sustentada en el Informe N° 292-2017-MTC/26), esta no constituye una norma interpretativa ni modificatoria de la versión original del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en cuanto al valor del denominador “Na”.
- (vii) El Oficio N° 520-2017-MTC/03 no constituye documento jurídicamente vinculante para fijar el valor del denominador “Na”; más aún cuando se advierten comunicaciones del MTC en sentido distinto (Oficio N° 579-2017-MTC/26, de la dirección a cargo de elaborar el Informe N° 292-2017-MTC/26 y que es la que actualmente tiene la competencia para atender consultas técnico normativas).
- (viii) La determinación de valor de tres (3) al denominador “Na” resulta aplicable a partir de lo dispuesto en el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL en ejercicio de su facultad normativa, lo cual no implica que dicho valor haya sido atribuible desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

226. Por tanto, conforme con lo previamente expuesto, al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, dado que el marco normativo entonces vigente únicamente definía al “Na” como número de arrendatarios, corresponde considerar que sin un mayor desarrollo de la autoridad competente que dispusiera algo distinto, dicho componente solo podía equivaler al número de arrendatarios que hacían uso de la infraestructura (arrendatarios efectivos).

227. Considerando lo anterior y la documentación obrante en autos, corresponde analizar a continuación si el “Na” aplicado por ENEL correspondía al número efectivo de arrendatarios; es decir a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición con AZTECA, ENEL no tenía otros arrendatarios en dichas estructuras, considerando que se aplicó un “Na” igual a uno (1).

1. Existencia de otros arrendatarios en las estructuras de ENEL arrendadas por AZTECA y aplicación del denominador “Na” en el Contrato de Compartición

228. En atención al requerimiento formulado mediante Resoluciones N° 026-2019-CCO/OSIPTEL, N° 028-2019-CCO/OSIPTEL, N° 029-2019-CCO/OSIPTEL y N° 030-2020-CCO/OSIPTEL a ENEL, consistente en que precise si ha arrendado a



otras empresas las estructuras de soporte eléctrico que han sido arrendadas a AZTECA durante el periodo de reclamación, ENEL mediante escritos de fechas 13 de diciembre de 2019, 23 de enero de 2020 y 19 de febrero de 2020, informó que respecto de las estructuras de Alta y Media Tensión arrendadas a AZTECA, esta sería la única empresa que se encuentra soporta en dichas estructuras; siendo que para el caso de las estructuras de Baja Tensión, éstas sí habrían sido arrendadas de manera simultánea a AZTECA y otras empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones.

229. En efecto de acuerdo con lo informado por ENEL119, esta empresa arrendó las mismas infraestructuras a AZTECA y otras ocho (8) empresas de telecomunicaciones, las cuales son: (i) Americatel Perú s.a., (ii) Entel, (iii) Jr Telecom Barranca (C Norte SAC.), (iv) JR Telecom Huaral (C. Norte SAC), (v) Telefónica del Perú, (vi) Optical Technologies S.A.C, (vii) Viettel Perú y, (viii) VIP Channel.
230. Así, de la información remitida por ENEL durante la etapa probatoria, se advierte que en doscientas noventa y un (291) estructuras de Baja Tensión, AZTECA compartía las mismas estructuras con hasta ocho (8) empresas adicionales durante el periodo de reclamación. La información sobre las mencionadas estructuras compartidas con otras empresas se aprecia en los siguientes cuadros:

Cuadro N°2: Estructuras PPC35

N° de empresas que comparten estructuras eléctricas PPC35 conjuntamente con AZTECA	Cantidad de estructuras arrendadas a AZTECA y compartidas conjuntamente con otras empresas												
	jul-16	ago-16	sep-16	oct-16	nov-16	dic-16	ene-17	feb-17	mar-17	abr-17	may-17	jun-17	jul-17
Ninguna empresa	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170
Una (1) empresa	59	59	59	59	59	59	59	59	59	59	59	59	59
Dos (2) empresas	24	24	24	24	24	24	24	24	24	24	24	24	24
Tres (3) empresas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Total	254	254	254	254	254	254	254	254	254	254	254	254	254

Fuente: Escrito presentado por ENEL con fecha 19 de febrero de 2020

Cuadro N°3: Estructuras PPC38

N° de empresas que comparten estructuras eléctricas PPC38 conjuntamente con AZTECA	Cantidad de estructuras arrendadas a AZTECA y compartidas conjuntamente con otras empresas												
	jul-16	ago-16	sep-16	oct-16	nov-16	dic-16	ene-17	feb-17	mar-17	abr-17	may-17	jun-17	jul-17
Ninguna empresa	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170	170
Una (1) empresa	63	63	63	63	63	63	63	63	63	63	63	63	63
Dos (2) empresas	31	31	31	31	31	31	31	31	31	31	31	31	31
Tres (3) empresas	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
Cuatro (4) empresas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Total	267	267	267	267	267	267	267	267	267	267	267	267	267

Fuente: Escrito presentado por ENEL con fecha 19 de febrero de 2020

**Cuadro N° 4: Estructuras PPC40**

N° de empresas que comparten estructuras eléctricas PPC40 conjuntamente con AZTECA	Cantidad de estructuras arrendadas a AZTECA y compartidas conjuntamente con otras empresas												
	jul-16	ago-16	sep-16	oct-16	nov-16	dic-16	ene-17	feb-17	mar-17	abr-17	may-17	jun-17	jul-17
Ninguna empresa	860	860	860	860	860	860	860	860	860	860	860	860	860
Una (1) empresa	84	84	84	84	84	84	84	84	84	84	84	84	84
Dos (2) empresas	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Tres (3) empresas	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6
Total	970	970	970	970	970	970	970	970	970	970	970	970	970

Fuente: Escrito presentado por ENEL con fecha 19 de febrero de 2020

231. Cabe señalar que el valor del denominador “Na” utilizado por las partes para la determinación de la contraprestación periódica del total de infraestructuras arrendadas por AZTECA a ENEL (cuatro mil trescientos veintiún [4,321] estructuras) fue de uno (1).

232. En ese sentido, con relación a las doscientas noventa y un (291) estructuras de baja tensión antes señaladas, se aprecia que las partes no fijaron el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología. Ello, considerando que, para el cálculo de la contraprestación periódica correspondiente a dicho grupo de estructuras, las partes asignaron al denominador “Na” un valor igual a uno (1), pese a que AZTECA no era la única empresa arrendataria de las mismas. Así, el cálculo que correspondió efectuarse para la contraprestación periódica de las referidas estructuras, será objeto de análisis por este órgano colegiado en el desarrollo del tercer punto controvertido de la presente resolución.

8.3 De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, determinar el monto que corresponde a ENEL devolver a AZTECA

233. Como se explicó previamente, en virtud del Contrato de Compartición, AZTECA arrendó cuatro mil trescientos veintiún (4,321) torres de transmisión de titularidad de ENEL. Sin embargo, desde el inicio del arrendamiento y durante el periodo de reclamación, ENEL contaba con un (1) arrendatario efectivo (AZTECA) en cuatro mil treinta [4,030] estructuras y, las restantes doscientas noventa y un [291] estructuras se encontraban siendo arrendadas por AZTECA y otras ocho (8) empresas de telecomunicaciones¹²⁰. Es preciso reiterar que, las estructuras compartidas con otras empresas corresponden a las de Baja Tensión (BT).

234. Así, considerando que, de la información brindada por las partes en el presente expediente, al haberse constatado que en doscientas noventa y un (291) estructuras AZTECA no era la única empresa arrendataria, el denominador “Na” no debió tener un valor equivalente a uno (1) en dichas estructuras, sino debió considerar el número de arrendatarios efectivos soportados en cada una de las mismas.

¹²⁰

Información detallada por ENEL en su escrito del 19 de febrero de 2020.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

235. A continuación, se muestran los precios unitarios mensuales cobrados por ENEL para cada tipo de estructura, considerando al denominador "Na" como equivalente al valor de uno (1). Así también se aprecian las cantidades de estructuras por cada tipo y el monto mensual total al que ascendió los pagos realizados por AZTECA.

Cuadro N° 5: Precios unitarios y cantidades arrendadas por tipo de estructura

Table with 5 columns: N°, Tipo de torre o poste (Código, Tensión), Mensual (Remuneración mensual utilizada (RM), Cantidades arrendadas). Rows include types EA060COU0S0-300-A2, EC060COU0D0-300-S1, EMSU1P60C1, PPC20, PPC24, PPC35, PPC38, PPC40, and a Total row.

Fuente: ENEL
Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

2. Valor de la Retribución Mensual que debió ser aplicada al momento del Contrato de Compartición

236. Al respecto, en el curso de la tramitación del presente expediente, AZTECA señaló que, durante el periodo de la controversia pagó a ENEL un monto de US\$ 652,299.11121, cuando sólo le podía exigir como contraprestación un monto máximo de US\$ 57,172.18, por lo cual solicitó la devolución o, en su defecto, la compensación, de un monto ascendente a US\$ 595,126.93, que corresponde a lo pagado en exceso por el uso de la infraestructura de ENEL, desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición.

Cuadro N° 6: Devolución solicitada por AZTECA

Table with 6 columns: Mes, No. de Factura, Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S), Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (US\$) T.C. S/3.30, Máxima contraprestación que puede ser exigida (US\$), Monto que debe ser devuelto por ENEL (US\$). Rows list months from July 2016 to July 2017, and a Total row for 13 months.



Fuente: escrito de reclamación de AZTECA,
presentado con fecha 23 de agosto de 2018

237. Para consignar el monto mensual que debió ser exigido por ENEL en el periodo de julio de 2016 a julio de 2017 (US\$ 4,397.86 sin IGV por cada mes), AZTECA recurre a los montos ordenados por el Consejo Directivo en el Informe N°00057-GPRC/2018¹²², que sirvió de sustento del Mandato de Compartición entre AZTECA y ENEL.
238. Al respecto, de lo señalado como monto mensual que debió exigir como contraprestación ENEL, el cual equivale a US\$ 4,397.86 sin IGV y puede ser observado en la columna “Máxima contraprestación que puede ser exigida (US\$)” del cuadro de devolución elaborado por AZTECA; se advierte que el mismo ha sido calculado utilizando los valores de las variables “f” y “m” modificadas a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/26 y publicada el 5 de agosto de 2017¹²³.
239. En ese sentido, no se podría pretender que los montos mensuales por compartición consignados en el Mandato de Compartición resulten aplicables desde el inicio de la relación de compartición entre ENEL y AZTECA, dado que contiene valores como las variables “f”, “m” y un “Na” equivalente a tres (3), que no corresponde por temporalidad a las vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición¹²⁴.
240. De acuerdo con lo expresado anteriormente, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera necesario verificar el monto en exceso que habría sido pagado por AZTECA a ENEL, a fin de emitir pronunciamiento sobre su pretensión accesoría.
241. Al respecto, del Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, se advierte que acordaron tres (3) tipos de precios, los cuales se pueden apreciar en el gráfico N° 3. Dichos precios fueron calculados aplicando en la fórmula de contraprestación el valor de uno (1) al denominador “Na”, por lo que se procederá a mantener el valor de este denominador como igual a uno (1) cuando la estructura, de acuerdo a la información brindada por ENEL, solo es utilizada por AZTECA, y se utilizará el valor respectivo cuando las estructuras eléctricas son compartidas por con otras empresas adicionales.
242. Como se ha señalado, ENEL informó en el curso del procedimiento que las estructuras PPC35, PPC38 y PPC40 también habían estado siendo arrendadas por otras empresas¹²⁵ durante el periodo de reclamación. En ese sentido y teniendo en consideración lo señalado, el siguiente cuadro muestra los precios unitarios que debió cobrar ENEL, aplicando el número de arrendatarios efectivos al denominador “Na”.

¹²² Aprobado mediante resolución de Consejo Directivo N°063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018.

¹²³ Cabe indicar que, se advierte también que los valores usados para la variable “TP” en la aplicación del cálculo de la contraprestación, son extraídos de la base MOD INV_2017 del OSINERGMIN. Confróntese con la página ciento cincuenta y dos (152) del Informe 00057-GPRC/2018.

¹²⁴ Así, se tiene que el periodo exigido de devolución abarca desde julio 2016 hasta julio 2017 y la modificación de las variables “f” y “m” se da recién en agosto 2017.

¹²⁵ AMERICATEL PERU S.A., ENTEL, JR TELECOM BARRANCA (C NORTE SAC.), JR TELECOM HUARAL (C. NORTE SAC), TELEFONICA DEL PERU, OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C, VIETTEL PERU y VIP CHANNEL.

**Cuadro N° 7: Precios unitarios calculados con “Na” efectivos para las estructuras de Baja Tensión**

Cantidad de Empresas arrendatarias (Na)	PPC35		PPC38		PPC40	
	Precios unitarios de estructura	Cantidades de estructuras	Precios unitarios de estructura	Cantidades de estructuras	Precios unitarios de estructura	Cantidades de estructuras
Solo Azteca (Na=1)	S/. 5.92	170	S/. 5.92	170	S/. 5.92	860
2	S/. 2.96	59	S/. 2.96	63	S/. 2.96	84
3	S/. 1.97	25 ¹²⁶	S/. 1.97	31	S/. 1.97	20
4			S/. 1.48	3 ¹²⁷	S/. 1.48	6

Fuente: ENEL

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc.

243. Se puede apreciar, que solo correspondía aplicar el precio acordado en el contrato de compartición sobre mil doscientas (1,200) estructuras de baja tensión, sobre las restantes doscientas noventa y un (291) resulta necesario recalcular.
244. Considerando el recalcu realizado para las estructuras de Baja Tensión (BT), el monto mensual de pago que realizó AZTECA sufre una reducción. A continuación, se muestran los precios y cantidades que debió aplicar ENEL para el cobro mensual de arrendamiento de infraestructura eléctrica a AZTECA.

Cuadro N°8: Cálculo de la Remuneración Mensual que debió pagar AZTECA

N°	Tipo de torre o poste			Mensual	
	Código	Tensión	Na	Remuneración mensual utilizada (RM)	Cantidades arrendadas
1	EA060COU0S0-300-A2	AT	1	S/. 177.32	212
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	1	S/. 177.32	112
3	EMSU1P60C1	AT	1	S/. 177.32	371
4	PPC20	MT	1	S/. 15.70	1326
5	PPC24	MT	1	S/. 15.70	809
6	PPC35	BT	1	S/. 5.92	170
			2	S/. 2.96	59
			3	S/. 1.97	25
7	PPC38	BT	1	S/. 5.92	170
			2	S/. 2.96	63
			3	S/. 1.97	31
			4	S/. 1.48	3
8	PPC40	BT	1	S/. 5.92	860
			2	S/. 2.96	84
			3	S/. 1.97	20
			4	S/. 1.48	6
Total				S/. 164,633.95	

Fuente: ENEL

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

¹²⁶ Se adiciona una estructura PPC35 adicional, que se encontraría fuera del máximo de arrendatarios a los que es factible dar acceso a la infraestructura.

¹²⁷ Se adiciona una estructura PPC38 adicional, que se encontraría fuera del máximo de arrendatarios a los que es factible dar acceso a la infraestructura.



245. Del cuadro anterior, se puede observar que la remuneración mensual total que debió de aplicar ENEL a las estructuras que arrendó a AZTECA asciende S/. 164,633.95 sin incluir IGV. Esto considerando el número de arrendatarios efectivos al momento del inicio del arrendamiento.
246. Así, a continuación, se aprecia una réplica del cuadro de devolución elaborado por AZTECA, al que se ha añadido el monto de la remuneración máxima que podía exigir ENEL en función del número de arrendatarios efectivos:

Cuadro N°9: Monto de la devolución determinada por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/.)	Contraprestación (SIN IGV) (S/.)	Monto que debe ser devuelto por ENEL (SIN IGV) (S/.)
jul-16	F411-00000723	165,583.62	164,633.95	949.67
ago-16	F411-00000777	165,583.62	164,633.95	949.67
sep-16	F411-00000827	165,583.62	164,633.95	949.67
oct-16	F411-00000866	165,583.62	164,633.95	949.67
nov-16	F411-00000910	165,583.62	164,633.95	949.67
dic-16	F411-00000970	165,583.62	164,633.95	949.67
ene-17	F411-00001033	165,583.62	164,633.95	949.67
feb-17	F411-00001082	165,583.62	164,633.95	949.67
mar-17	F411-00001125	165,583.62	164,633.95	949.67
abr-17	F411-00001175	165,583.62	164,633.95	949.67
may-17	F411-00001245	165,583.62	164,633.95	949.67
jun-17	F411-00001305	165,583.62	164,633.95	949.67
jul-17	F411-00001350	165,583.62	164,633.95	949.67
Total 13 meses	Total:	2,152,587.06	2,140,241.39	12,345.67

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

247. De acuerdo con lo consignado en el cuadro previo, el monto que se ha pagado en exceso por el uso de la infraestructura de ENEL desde julio de 2016 hasta julio de 2017 asciende a S/. 12,345.67 sin IGV.
248. Cabe indicar que, si bien AZTECA formuló su pretensión accesoria a su primera pretensión principal en dólares americanos (US\$), como se puede apreciar las facturas y constancias de pago aportados en el presente expediente como medios probatorios que sustentan los pagos efectuados por AZTECA a favor de ENEL, se encuentran consignados en soles (S/), por lo que este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estimará la devolución en dicha moneda.
249. En ese sentido, habiéndose verificado la incorrecta aplicación del valor del denominador "Na" en doscientas noventa y un (291) estructuras arrendadas por ENEL a AZTECA y, tras haberse determinado la existencia de un monto que AZTECA ha pagado en exceso a ENEL, le corresponde la devolución de S/. 12,345.67 sin IGV.
250. En ese contexto, habiéndose determinado la devolución antes indicada, la compensación de dicho importe con los facturados posteriormente, también



planteada por AZTECA, corresponde que sea ofrecida a su contraparte, según la normativa de la materia.

8.4 Determinar si el marco normativo permite a las partes pactar como obligación contractual que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición tendría una vigencia mínima de tres (3) años.

251. AZTECA sostiene que la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición en el extremo referido al cumplimiento del pago de la contraprestación periódica por una vigencia mínima de tres (3) años contraviene lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento. Ello, considerando que el Anexo N° 1 del referido reglamento ha contemplado la posibilidad de que los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” de la Metodología sean modificadas por resolución del Viceministro de Comunicaciones, lo cual consecuentemente devendrá en una modificación del precio máximo que puede ser exigido como contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica.
252. Asimismo, AZTECA refiere que se vulneraría el “Principio de No Discriminación” aplicable a toda relación de compartición, al fijar un monto como retribución “inmutable” en un plazo determinado, pues daría lugar a situaciones en las que operadores de telecomunicaciones puedan encontrarse obligados a abonar un monto superior al máximo que legalmente puede cobrar el titular de la infraestructura, al producirse alguna modificación en los valores de las variables de la Metodología. En consecuencia, AZTECA sostiene que la exigencia contractual objeto de análisis debe ser declarada inexigible, por tratarse de una condición contraria a la normativa vigente sobre compartición de infraestructura.
253. Por su parte, ENEL manifestó que no existe prohibición legal para que las partes establezcan un plazo de exigibilidad de la contraprestación en el Contrato de Compartición, toda vez que es la propia normativa la que otorga preferencia a que sean las partes las que pacten los aspectos de la relación contractual; esto considerando que el Contrato de Compartición fue producto de una larga negociación entre las partes, en donde ambas partes ejercieron de manera plena y sin restricciones su libertad contractual¹²⁸. Así, refiere ENEL que resulta plenamente aplicable el artículo 62° de la Constitución que consagra la intangibilidad de los contratos; considerando ello resulta imposible que el Mandato de Compartición pueda modificar el Contrato de Compartición.
254. Al respecto, tal como se señaló precedentemente, de acuerdo al artículo 3 de la Ley de Banda Ancha, el Estado declaró de **necesidad pública e interés nacional** el acceso y uso compartido de infraestructura asociado a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica. Siendo que, de acuerdo al inciso 30.4 del artículo 30°¹²⁹ del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la metodología para la

¹²⁸ Véase los escritos presentados por ENEL con fechas 4 de octubre y 28 de noviembre de 2018.

¹²⁹ Reglamento de la Ley de Banda Ancha

“Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

(...).

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen



determinación de las contraprestaciones antes mencionadas es la que se desarrolla en el Anexo 1 de la misma norma, disponiéndose que el resultado de dicha metodología servirá como **un precio máximo**.

255. De lo desarrollado previamente, se advierte **la naturaleza regulatoria de las contraprestaciones generadas por la relación de compartición bajo el alcance de la Ley de Banda Ancha**, así como el que las referidas contraprestaciones deben respetar el **precio máximo** resultado de la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
256. Por lo tanto, si bien el artículo 62° de la Constitución Política dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier, el primer concepto que dispone dicho artículo es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al tiempo del contrato. De este modo, la Constitución Política reconoce que la libertad de contratar está limitada al ordenamiento jurídico al momento de celebrarse el contrato.
257. En el mismo sentido, debemos tener en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 1354^{o130} del Código Civil, las partes en un contrato gozan de libertad contractual, pudiendo determinar libremente el contenido del contrato. Este mismo artículo señala que esto se dará siempre que no sea contrario a la norma de carácter imperativo. En relación con ello, el artículo 1355^{o131} de la referida norma indica que *“la ley, por consideraciones en interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*.
258. En razón de lo expuesto, como fue previamente mencionado, la Ley de Banda Ancha y su reglamento han regulado de forma imperativa diversos aspectos de la relación de compartición, tales como, las condiciones referidas a la contraprestación por el acceso y uso compartido.
259. En relación a ello, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha establece como condición que la **fórmula prevista en la metodología puede ser objeto de modificación** mediante una Resolución de Viceministerio (en cuanto a las variables “m”, “l”, “h”, y “f”)¹³², mediante disposición del OSINERGMIN (cuando defina o

acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas”.

¹³⁰ **Código Civil.**

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”

¹³¹

Sobre el particular, Manuel de la Puente y Lavalle señala que, de la redacción del artículo 1355° del Código Civil se desprende la admisibilidad de una de las formas por las cuales la ley puede establecer limitaciones al contenido de los contratos de forma previa al acuerdo de voluntades, esto es, los contratos normados los cuales son definidos como *“aquellos cuyo contenido está previamente sujeto a una regulación legal, de tal manera que el legislador establece determinadas cláusulas imperativas que las partes deben observar al celebrar el contrato”* (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima, Perú: Palestra. 2011. Pág. 248.)

¹³²

La Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha incluye una nota bajo el siguiente tenor, respecto de las variables “m”, “l”, “h”, y “f” que componen la fórmula para determinar la contraprestación mensual por acceso y uso compartido de infraestructura:

“Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”



actualice el valor de la variable “TP” de la fórmula)¹³³, y mediante Mandato de Compartición (cuando exista una diferencia entre una empresa eléctrica titular de la estructura y una empresa de telecomunicaciones)¹³⁴. Incluso, la fórmula podrá ser modificada en alguna de sus componentes cuando se apruebe una norma posterior.

260. Las condiciones antes mencionadas se encontraban en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha desde el año 2013, es decir, tanto ENEL como AZTECA conocían la posibilidad de que los valores de la fórmula contenidos al momento de suscripción del contrato fuesen modificados, al tratarse de valores regulados por la autoridad.
261. Considerando lo antes expuesto, incluir en un contrato de compartición la no modificación de la contraprestación fijada, a pesar de que se apruebe una modificación a la fórmula contenida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, exista un mandato de compartición o cualquier otro motivo, desconoce justamente lo dispuesto en dicha norma, en relación a que las contraprestaciones en las relaciones de compartición se calculan de acuerdo con la metodología contenida en su Anexo N° 1 de la misma norma y deben respetar el principio de No Discriminación reconocido en el numeral 30.4¹³⁵ del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
262. Sobre la base de lo expuesto, así como en atención a la naturaleza de los contratos de compartición y al interés público inmerso en una relación de compartición en el marco de la Ley de Banda Ancha, se advierte que la condición establecida en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, referida a que la retribución periódica se mantenga inmodificable por una vigencia mínima obligatoria de tres (3) años no se ajusta al marco normativo de la materia.
263. Por lo tanto, sin perjuicio de que la obligación estipulada en el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, actualmente ya no se encuentra vigente en virtud

¹³³ La Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha incluye a la variable “TP” como un componente de la fórmula para determinar la contraprestación mensual por acceso y uso compartido de infraestructura. Este componente se encuentra definido como “Costo de las torres o postes regulados del sector energía”.

¹³⁴ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**
“Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos
25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.
25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.
25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.”

¹³⁵ **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**
“Artículo 30.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos
(...)
30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.”



a lo dispuesto en el mandato de compartición dictado por el Consejo Directivo, corresponde declarar que la referida cláusula tampoco resultaba exigible en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL, desde la celebración del Contrato de Compartición.

RESUELVE:

Artículo Primero. – Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A., referida a que la contraprestación fijada en el marco del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura de Enel Distribución Perú S.A.A. podía exigir a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

Artículo Segundo. – Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por doscientos noventa y un (291) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017, por el importe de S/ 12,345.67 sin IGV.

Artículo Tercero. – Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por cuatro mil treinta (4,030) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017.

Artículo Cuarto. - Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal contenida en la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A referida a que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., y Enel Distribución Perú S.A.A, de acuerdo a los consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo Quinto. - Poner en conocimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., en su calidad de reclamante, y Enel Distribución Perú S.A.A, en su calidad de reclamada, la presente resolución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. -

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Laura Montalvo Mundaca, Renzo Rojas Jiménez y Carlos Raúl Jiménez Rodríguez.

Firmado digitalmente por: MONTALVO
MUNDACA Laura FAU 20216072155
soft

LAURA MONTALVO MUNDACA
PRESIDENTA DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC



**ANEXO – I****Información obrante en el presente procedimiento****I. INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR AZTECA:**

1. A través del escrito N° 1, de fecha 23 de agosto de 2018, AZTECA remitió los siguientes medios probatorios a fin de sustentar su reclamación, los cuales fueron admitidos a través de la Resolución N° 025-2019-CCO/OSIPTEL:

Cuadro N° 10: Medios probatorios ofrecidos por AZTECA

ESCRITO	MEDIOS PROBATORIOS
<p>Escrito N° 01 del 23/08/2018</p> <p>Reclamación</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica¹³⁶, suscrito entre AZTECA y ENEL el 9 de noviembre de 2015 (folios 32-43). 2) Carta DJ-1258/17 remitida por AZTECA a ENEL, recibida el 21 de agosto de 2017 (folios 44-45). 3) Carta DJ-1293/17 remitida por AZTECA a ENEL, recibida el 29 de agosto de 2017 (folio 46). 4) Copia de la Factura Electrónica F411-00001397 de fecha 15 de agosto de 2017, emitida por ENEL a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de agosto de 2017 (folio 47). 5) Carta DJ-1446/17 remitida por AZTECA a ENEL, recibida el 28 de setiembre de 2017 (folios 48-49). 6) Copia de la Factura Electrónica F411-00001397 de fecha 15 de agosto de 2017, emitida por ENEL a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de agosto de 2017 (folio 49). 7) Copia de la Factura Electrónica F411-00001461 de fecha 22 de setiembre de 2017 por ENEL a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de setiembre de 2017 (folio 50). 8) Carta SGGCI/SNGC/1396881/2017 remitida por ENEL a AZTECA, recibida el 12 de setiembre de 2017 (folio 51). 9) Carta SGGCI/SNGC/1401484/2017 remitida por ENEL a AZTECA, recibida el 28 de setiembre de 2017 (folio 52). 10) Oficio N° 520-2017-MTC/03, remitido por el Viceministro de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) al presidente de la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía, de fecha 2 de octubre de 2017 (folio 53). 11) Constancia de Notificación del Oficio N° 520-2017-MTC/C3, recibido el 3 de octubre de 2017 (folio 54).

¹³⁶ Acompañado de los Anexos N° 1 (Condiciones económicas), N° 2 (Infraestructura) y N° 3 (Cronograma de ejecución de obras).



- 12) Carta C.00014-GCC/2018 remitido por el OSIPTEL a AZTECA, recibida el 17 de enero de 2018, con la que se notifica la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (folio 55).
- 13) Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL, del 11 de enero de 2018, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (folio 56-57).
- 14) Informe N° 00005-GPRC/2018, de fecha 4 de enero de 2018, que sustentó el proyecto de mandato de compartición entre AZTECA y ENEL, contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL (folios 58-112)¹³⁷.
- 15) Carta C.00184-GCC/2018 remitido por el OSIPTEL a AZTECA, recibida el 14 de marzo de 2018, con la que se notifica la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (folio 113).
- 16) Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, del 8 de marzo del 2018, que aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (folio 114-115).
- 17) Informe N° 00057-GPRC/2018, de fecha 28 de febrero de 2018, que sustentó el mandato de compartición entre AZTECA y ENEL, contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL (folios 116-316)¹³⁸.
- 18) Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre 2013, mediante el cual se evaluó el Proyecto Normativo de Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, proyecto normativo publicado para comentarios mediante la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 (folios 317-323).
- 19) Informe N° 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017, que sustentó la propuesta de modificación de los valores de las variables “m” y “f” de la *“Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”*, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904 (folios 324-338).
- 20) Copia de la demanda interpuesta por ENEL contra AZTECA, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, presentada con fecha 9 de julio de 2018 (folios 339-354).
- 21) Copia del Escrito N° 3 denominado “modificación de la demanda”, presentado por ENEL al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con fecha 20 de julio de 2018 (folio 355).
- 22) Copia de la Factura Electrónica F411-00000723 de fecha 26 de julio de 2016, emitida por ENEL

¹³⁷

Acompañado del Anexo 1 (Retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL).

¹³⁸

Acompañado del Anexo 1 (Retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ENEL).



- (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de julio de 2016 (folio 356).
- 23) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 29 de agosto de 2016, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 357).
 - 24) Copia de la Factura Electrónica F411-00000777 de fecha 26 de agosto de 2016, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de agosto de 2016 (folio 358).
 - 25) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 14 de setiembre de 2016, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 359).
 - 26) Copia de la Factura Electrónica F411-00000827 de fecha 28 de setiembre de 2016, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de setiembre de 2016 (folio 360).
 - 27) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 7 de octubre de 2016, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 361).
 - 28) Copia de la Factura Electrónica F411-00000866 de fecha 25 de octubre de 2016, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de octubre de 2016 (folio 362).
 - 29) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 16 de noviembre de 2016, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 363).
 - 30) Copia de la Factura Electrónica F411-00000910 de fecha 22 de noviembre de 2016, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de noviembre de 2016 (folio 364).
 - 31) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 30 de noviembre de 2016, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 365).
 - 32) Copia de la Factura Electrónica F411-00000970 de fecha 21 de diciembre de 2016, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de diciembre de 2016 (folio 366).
 - 33) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 2 de febrero de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 367).
 - 34) Copia de la Factura Electrónica F411-00001033 de fecha 31 de enero de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de enero de 2017 (folio 368).
 - 35) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 2 de febrero de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio



	<p>369).</p> <p>36) Copia de la Factura Electrónica F411-00001082 de fecha 28 de febrero de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de febrero de 2017 (folio 370).</p> <p>37) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 9 de marzo de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 371).</p> <p>38) Copia de la Factura Electrónica F411-00001125 de fecha 23 de marzo de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de marzo de 2017 (folio 372).</p> <p>39) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 29 de marzo de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 373).</p> <p>40) Copia de la Factura Electrónica F411-00001175 de fecha 24 de abril de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de abril de 2017 (folio 374).</p> <p>41) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 8 de mayo de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 375).</p> <p>42) Copia de la Factura Electrónica F411-00001245 de fecha 25 de mayo de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de mayo de 2017 (folio 376).</p> <p>43) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 16 de junio de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 377).</p> <p>44) Copia de la Factura Electrónica F411-00001305 de fecha 26 de junio de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de junio de 2017 (folio 378).</p> <p>45) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 3 de julio de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 379).</p> <p>46) Copia de la Factura Electrónica F411-00001350 de fecha 24 de julio de 2017, emitida por ENEL (EDELNOR) a AZTECA, por concepto de alquiler de postes, correspondiente al periodo de facturación del mes de julio de 2017 (folio 380).</p> <p>47) Copia del comprobante de pago emitido por el Banco BBVA Continental de fecha 4 de agosto de 2017, el cual indica el pago a proveedores de AZTECA (folio 381).</p>
--	--

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

2. Como se refirió previamente, mediante Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de noviembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc consideró



conveniente ordenar la actuación de diversos medios probatorios de oficio, a fin de resolver la cuestión controvertida en el presente procedimiento.

3. Por tal motivo, a continuación, se presenta la información obtenida por AZTECA, en el marco del presente procedimiento administrativo, la cual forma parte de los medios probatorios incorporados por Resolución N° 031-2020-CCO/OSIPTEL:

Cuadro N° 11: Información proporcionada por AZTECA

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR AZTECA		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTEL 18/11/2019	<p>i) Precisión de los valores asignados a los componentes de la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 para determinar las retribuciones mensuales que asignaron a cada tipo de estructura según la cláusula cuarta del Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, de acuerdo al Formato N° 3 que se adjunta; así como el detalle del cálculo realizado para la determinación de las contraprestaciones.</p> <p>ii) Informar si el Contrato de Compartición celebrado con fecha 9 de noviembre de 2015 ha sido objeto de modificación con anterioridad a la fecha de emisión del Mandato de Compartición emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL; y de ser este el caso, remitir la(s) adenda(s) de modificación suscrita(s) por las partes.</p> <p>iii) Precisar si las estructuras de soporte eléctrico consignadas en el Informe N° 00057-GPRC/2018¹³⁹ coinciden en cantidad y tipos con las estructuras de soporte eléctrico arrendadas a AZTECA desde las fechas de suscripción del Contrato de Compartición hasta las fechas de aprobación de los respectivos mandatos.</p> <p>iv) Copia simple de toda la</p>	<p>i) Comunicaron que no se encuentran en posibilidad de brindar dicha información de acuerdo con el Formato requerido por el Cuerpo Colegiado.</p> <p>ii) Respecto al Contrato de Compartición, AZTECA señaló, que el mismo no ha sido modificado con anterioridad a la fecha de emisión del Mandato.</p> <p>iii) AZTECA comunicó que, conforme a sus registros y a la información brindada por ENEL, la cantidad y tipos de estructuras de soporte eléctrico arrendadas a AZTECA desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición es la misma que la consignada en los Mandatos de Compartición (no ha sufrido variación desde el inicio de la relación de compartición).</p> <p>iv) AZTECA indicó que no habrían podido ubicar en sus archivos la documentación o comunicaciones referidas al pacto de vigencia de tres (03) años de la contraprestación periódica, estipulada en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición.</p>

¹³⁹ El informe N° 00057-GPRC/2018, sustentó el Mandato de Compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL, el cual está contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018.



	documentación y comunicaciones previas al acuerdo entre las partes relacionado a la cláusula cuarta del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, en el extremo referido a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años	
--	---	--

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

II. INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR ENEL:

4. A través del escrito de fecha 04 de octubre de 2018, ENEL remitió el siguiente medio probatorio a fin de sustentar los argumentos desarrollados en su contestación a la reclamación planteada por AZTECA, el cual fue admitido a través de la Resolución N° 031-2019-CCO/OSIPTTEL:

Cuadro N° 12: Medios probatorios ofrecidos por ENEL

ESCRITO	MEDIOS PROBATORIOS
<p>Escrito del 04/10/20189</p> <p>Contestación de ENEL</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Acta Notarial de Constatación de Correos Electrónicos, de fecha 4 de julio de 2017, realizada por el notario Carlos Herrera Carrera, la cual contiene copias de cadenas de correos electrónicos de fechas 5 y 6 de noviembre de 2015, intercambiados¹⁴⁰ entre el señor Mauro León Huarac (ENEL) y el señor José Montes de Peralta (AZTECA) (folios 456-499). 2) Copia del Cargo de Demanda Contenciosa Administrativa, de fecha 23 de agosto de 2018, interpuesta por ENEL contra el OSIPTTEL y AZTECA (folio 501). 3) Copia de la Demanda Contenciosa Administrativa, interpuesto con fecha 22 de agosto del 2018 por ENEL contra el OSIPTTEL y AZTECA (folios 502-556). 4) Copia de la Resolución N° 1, de fecha 24 de agosto de 2018, emitida por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, que admite a trámite la Demanda interpuesta por ENEL (folios 558-560).

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

5. Asimismo, mediante Resoluciones N° 026-2019-CCO/OSIPTTEL, N° 028-2019-CCO/OSIPTTEL, N° 029-2020-CCO/OSIPTTEL y N° 030-2020-CCO/OSIPTTEL, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc consideró conveniente ordenar la actuación de diversos medios probatorios de oficio, a fin de resolver la cuestión controvertida en el presente procedimiento.

¹⁴⁰ Incluye "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica", de fecha 9 de noviembre de 2015, y sus anexos, que se encuentra adjunto en los correos remitidos entre Mauro León Huarac (ENEL) y José Montes de Peralta (AZTECA). Asimismo, incluye en la cadena de correos electrónicos, copia de correo de fecha 4 de noviembre de 2015.



6. Así, a continuación, se pone en conocimiento la información proporcionada por ENEL, la misma que forma parte de los medios probatorios incorporados al expediente mediante Resolución N° 031-2019-CCO/OSIPTTEL:

Cuadro N° 13: Información proporcionada por ENEL

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR ENEL		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
<p>Resolución N° 026-2019-CCO/OSIPTTEL 18/11/2019</p> <p>Resolución N°028-2019-CCO/OSIPTTEL 20/12/2019</p> <p>Resolución N°029-2020-CCO/OSIPTTEL 13/01/2020</p>	<p>i) Detallar todas las estructuras arrendadas a AZTECA a través del Contrato de Participación, de acuerdo al Formato N° 1 adjunto; especificando los periodos en los cuales inició y finalizó el arrendamiento de dichas infraestructuras.</p> <p>ii) Detallar si con anterioridad y/o durante el periodo de la controversia, ENEL ha arrendado a otras empresas las estructuras de soporte eléctrico que, a su vez, han sido arrendadas a AZTECA. De ser el caso, remitir la siguiente información: el nombre de la empresa, las cantidades y tipos de estructuras arrendadas, así como la fecha de inicio del arrendamiento por cada tipo de estructura, de acuerdo al Formato N° 2. Así también, adjuntar el contrato de participación y mandatos que se hayan suscrito con dichas empresas, o modificaciones a éstos, de ser el caso.</p> <p>iii) Precisar las cantidades mensuales de estructuras arrendadas a AZTECA, así también los precios de remuneraciones mensuales cobradas para cada tipo de estructura, de acuerdo al Formato N° 4 adjunto.</p> <p>iv) Precisión de los valores asignados a los componentes de la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N°</p>	<p>i) Mediante Escrito de fecha 13 de diciembre de 2019, ENEL cumple con adjuntar en el documento de formato Excel denominado "201912 OSIPTTEL NRO 674-STCCO-2019 25-11 Formatos envío Enel", la pestaña "Formato N° 1" sobre información de infraestructura eléctrica (Postes y/o Torres) de Enel arrendadas a AZTECA.</p> <p>ii) De la misma manera, ENEL cumple con adjuntar en el documento en formato Excel denominado "201912 OSIPTTEL NRO 674-STCCO-2019 25-11 Formatos envío Enel", la pestaña "Formato N° 2" sobre las estructuras arrendadas por ENEL a AZTECA y compartidas con otras empresas. Asimismo, precisa que, para postes de alta y media tensión (MT y AT) no ha arrendado con anterioridad y/o durante el periodo de la controversia a otras empresas dichas estructuras.</p> <p>Al advertirse que ENEL solo consignó en el formato remitido información sobre los postes de MT y AT, mediante Resolución N° 028-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 20 de diciembre de 2019, el Cuerpo Colegiado reiteró el requerimiento respecto de los postes de baja tensión (BT). Posteriormente, mediante Escrito de fecha 23 de enero de 2020, ENEL presentó la información en la pestaña "Formato N°1" del formato Excel denominado "Copia de 20200123 OSIPTTEL OFICIO NRO 674.STCCO.2019 25", en la cual se encuentra la información de los arrendamientos de postes de baja tensión.</p> <p>iii) ENEL, mediante documento en formato Excel denominado "201912 OSIPTTEL NRO 674-STCCO-2019 25-11 Formatos envío Enel", adjuntó el Formato N° 4 sobre los precios y cantidades usadas para la facturación de ENEL a AZTECA.</p> <p>iv) En lo concerniente a la precisión de los valores asignados a los componentes de la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para determinar las retribuciones mensuales que se asignaron a cada tipo de estructura; así como el cálculo realizado para la determinación de las contraprestaciones, ENEL no dio respuesta al respecto. En su escrito de fecha 23 de enero de</p>



	<p>29904 para determinar las retribuciones mensuales que asignaron a cada tipo de estructura según la cláusula cuarta del Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, de acuerdo al Formato N° 3 que se adjunta; así como el detalle del cálculo realizado para la determinación de las contraprestaciones.</p> <p>v) Informar si el Contrato de Compartición celebrado con fecha 9 de noviembre de 2015 ha sido objeto de modificación con anterioridad a la fecha de emisión del Mandato de Compartición emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL; y de ser este el caso, remitir la(s) adenda(s) de modificación suscrita(s) por las partes.</p> <p>vi) Precisar si las estructuras de soporte eléctrico consignadas en el Informe N° 00057-GPRC/2018¹⁴¹ coinciden en cantidad y tipos con las estructuras de soporte eléctrico arrendadas a AZTECA desde las fechas de suscripciones del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL hasta las fechas de aprobación de los respectivos mandatos.</p> <p>vii) Copia simple de toda la documentación y comunicaciones previas al acuerdo entre las partes relacionado a la cláusula cuarta del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL, en el extremo referido a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años¹⁴².</p>	<p>2020, señaló que dicha información no obraba en su poder, al no haber sido conservada, debido al tiempo transcurrido desde la firma del Contrato. Asimismo, ENEL señaló que no consideró necesario conservar dicha información, dado que la retribución fue libremente negociada y fijada por ambas partes.</p> <p>v) A través del escrito con fecha 13 de diciembre de 2019, ENEL informó que el Contrato de Compartición no ha sido objeto de modificación alguna, salvo por el Mandato de Compartición, aprobado mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL.</p> <p>vi) Por medio del escrito presentado con fecha 13 de diciembre de 2019, ENEL indica que, durante la controversia suscitada con AZTECA, con anterioridad a la aprobación del Mandato de Compartición, la reclamante notificó al OSIPTEL, cantidades de estructuras de soporte eléctrico distintas a las aceptadas de manera previa al inicio de la facturación de la renta mensual. No obstante, ENEL no había sido notificado con modificación alguna en la Planta Externa de Fibra Óptica de AZTECA sobre el uso de sus estructuras de soporte eléctrico.</p> <p>Por esta razón, a la fecha se vienen siguiendo un “proceso de cuadratura”, con la finalidad de contar con una actualización de las cantidades de estructuras de soporte eléctrico usadas por AZTECA, las cuales se considerarían luego de la aprobación del Mandato de Compartición por parte del OSIPTEL.</p> <p>vii) A través de Escrito de fecha 23 de enero de 2020, ENEL adjunta en el Anexo N° 3 lo siguiente: i) Acta de constatación de correos electrónicos, ii) Cadena de correos de fecha 06 de noviembre de 2015 entre Mauro César León Huarac y José Montes de Peralta, iii) correo electrónico de fecha 05 de noviembre de 2015 a las horas 3:55 pm. remitido por Mauro César León Huarac a José Montes de Peralta, en el cual se incluye adjunto el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica”; y, iv) correo electrónico de fecha 05 de noviembre de 2015 a las horas 10:36 am., remitido por José Montes de Peralta a Mauro César León Huarac.</p>
--	---	--

¹⁴¹ El informe N° 00057-GPRC/2018, sustentó el Mandato de Compartición de infraestructura entre AZTECA y ENEL, el cual está contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018.

¹⁴² Adicionales a las admitidas como medios probatorios en el presente procedimiento, mediante Resolución N° 025-2019-CCO/OSIPTEL, del 5 de noviembre de 2019.



<p>Resolución N° 030-2019-CCO/OSIPTEL 03/02/2020</p>	<p>(i) Información referida al número de arrendatarios que conjuntamente compartieron con AZTECA estructuras eléctricas del tipo "PPC38" de ENEL, durante el periodo de la controversia.</p>	<p>i) Mediante Escrito de fecha 19 de febrero de 2020, ENEL cumple con presentar la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Formato: Cantidad de estructuras tipo "PPC35" arrendadas a AZTECA y compartida conjuntamente con otras empresas; - Formato: Cantidad de estructuras tipo "PPC38" arrendadas a AZTECA y compartida conjuntamente con otras empresas; y, - Formato: Cantidad de estructuras tipo "PPC40" arrendadas a AZTECA y compartida conjuntamente con otras empresas. <p>Asimismo, precisó las otras empresas que arriendan dichas infraestructuras:</p> <table border="1" data-bbox="831 878 1369 1301"> <thead> <tr> <th>Empresa</th> <th>Apoyos BT</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>AMERICATEL PERU S.A.</td> <td>40</td> </tr> <tr> <td>ENTEL</td> <td>82</td> </tr> <tr> <td>JR TELECOM BARRANCA (C NORTE SAC.)</td> <td>32</td> </tr> <tr> <td>JR TELECOM HUARAL (C. NORTE SAC)</td> <td>13</td> </tr> <tr> <td>TELEFONICA DEL PERU</td> <td>19</td> </tr> <tr> <td>OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C</td> <td>35</td> </tr> <tr> <td>VIETTEL PERU</td> <td>149</td> </tr> <tr> <td>VIP CHANNEL</td> <td>18</td> </tr> <tr> <td></td> <td>388</td> </tr> </tbody> </table>	Empresa	Apoyos BT	AMERICATEL PERU S.A.	40	ENTEL	82	JR TELECOM BARRANCA (C NORTE SAC.)	32	JR TELECOM HUARAL (C. NORTE SAC)	13	TELEFONICA DEL PERU	19	OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C	35	VIETTEL PERU	149	VIP CHANNEL	18		388
Empresa	Apoyos BT																					
AMERICATEL PERU S.A.	40																					
ENTEL	82																					
JR TELECOM BARRANCA (C NORTE SAC.)	32																					
JR TELECOM HUARAL (C. NORTE SAC)	13																					
TELEFONICA DEL PERU	19																					
OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C	35																					
VIETTEL PERU	149																					
VIP CHANNEL	18																					
	388																					

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

III. INFORMACIÓN PRESENTADA POR LA STCCO:

7. Como se mencionó previamente, mediante Oficio N° 735-STCCO/2019 la STCCO puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc información obrante en el Expediente N° 012-2018-CCO-ST/CI y N° 004-2018-CCO-ST/CI, ello a fin de determinar su inclusión en la presente controversia.
8. En atención al oficio mencionado, mediante Resolución N° 013-2019-CCO/OSIPTEL, El Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió incorporar la siguiente información:

**Cuadro N° 14: Información obtenida de los Expedientes N° 012-2018-CCO-ST/CI y N° 004-2018-CCO-ST/CI**

DOCUMENTO	MEDIOS PROBATORIOS
<p>Oficio N° 735-STCCO/2019 de fecha 31/12/2019</p> <p>Presentación de documentos obrantes en los Expedientes N° 012-2018-CCO-ST/CI y N° 004-2018-CCO-ST/CI</p>	Expediente N°012-2018-CCO-ST/CI¹
	<p>1) Informe N° 021-2015-MTC/26, de fecha 29 de enero de 2015, que recomienda la publicación del proyecto de Resolución Viceministerial que Modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la infraestructura”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.</p> <p>2) Copia del Oficio N° 0581-2019-MTC/26, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con fecha 1 de abril de 2019, el cual incluye los siguientes documentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Informe N° 256-2017-MTC/26, de fecha 12 de julio de 2017. • Matriz de Comentarios del proyecto de Resolución Viceministerial que modificó los valores de las variables “m” y “f” de la metodología para la determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, que forma parte del Informe N° 292-2017-MTC/26
	Expediente N°004-2018-CCO-ST/CI
	<p>1) Copia del Oficio N° 25857-2018-MTC/27, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con fecha 27 de diciembre de 2018, el cual incluye los siguientes documentos en soporte CD-ROM:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Anexo N° 1, Matriz de Comentarios.

Elaboración: Cuerpo Colegiado Ad Hoc

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL****Lima, 4 de diciembre de 2020**

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	Enel Distribución Perú S.A.A.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
PROCEDENCIA	Cuerpo Colegiado Ad Hoc

SUMILLA:

Se **REVOCA** la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc. que resolvió la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A., en el extremo que declaró fundada en parte la primera pretensión principal, fundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación respecto de 291 estructuras e infundada dicha pretensión accesoria respecto de 4,030 infraestructuras; y reformándola, se declara **FUNDADA** la primera pretensión principal y **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Se **ORDENA** a ENEL devolver a favor de AZTECA el importe ascendente a la suma de S/ 1 843 104,38, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Se dispone que, conforme a lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y el artículo 91 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, la presente resolución constituye Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria en cuanto establece lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.”



En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

VISTO:

- (i) El Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
- (ii) El recurso de apelación del 11 de agosto de 2020 interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL del 21 de julio de 2020, emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc¹ (en adelante, el CCO).
- (iii) El escrito de absolución del recurso de apelación presentado por Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) con fecha 18 de setiembre de 2020.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL², manifestando que existe una controversia en el marco del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica”, celebrado entre dichas empresas el 9 de noviembre de 2015, (en adelante, el Contrato de Compartición), debido a que desde el inicio de la relación contractual se le habría exigido el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior a la máxima que puede cobrarse conforme a la Ley N° 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha) y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento).
2. AZTECA planteó como pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida en el marco de la referida relación de compartición excedía el importe máximo de retribución exigible por el uso compartido de infraestructura.

Como pretensión accesoria, solicitó que se ordene la restitución del monto que habría pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta

¹ El Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue constituido mediante Resoluciones N° 191-2018-CD/OSIPTTEL y N° 059-2019-CD/OSIPTTEL, de fechas 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, respectivamente

² Cabe considerar que AZTECA celebró el Contrato de Compartición con la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – EDELNOR (ahora, ENEL), empresa cuya denominación social fue objeto de modificación el mes de octubre de 2016. De este modo, la denominación actual de la reclamada es Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL).



la emisión del Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL³ o, en su defecto, se ordene que se compense este monto con los consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o con las facturas que ENEL emita en el futuro.

3. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante, CCO) admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ENEL.
4. El 4 de octubre de 2018, ENEL contestó la reclamación deduciendo una excepción de convenio arbitral. Asimismo, solicitó la suspensión del procedimiento hasta la resolución del proceso contencioso administrativo seguido por ENEL contra el OSIPTEL y AZTECA por la validez del Mandato de Compartición. Además, solicitó se precise que la pretensión referida a la devolución de lo pagado en exceso debe ser accesoria y no subordinada.
5. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de octubre de 2018, el CCO rectificó el error material al consignarse la pretensión referida a la devolución del presunto monto pagado en exceso como pretensión subordinada en lugar de accesoria.
6. Mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 29 de mayo de 2019, el CCO declaró, entre otros puntos, lo siguiente: infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, e infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento planteada por ENEL.
7. Mediante escritos de fecha 11 de marzo de 2020, AZTECA y ENEL presentaron sus alegatos y solicitaron el uso de la palabra. El 15 de junio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral convocada mediante la Resolución N° 032-2020-CCO/OSIPTEL.
8. En el marco de la Emergencia Sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA⁴, con el Decreto de Urgencia N° 026-2020⁵, y con las prórrogas dispuestas por Decreto Supremo N° 076-2020-PCM⁶ y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM⁷, se dispuso la suspensión del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos hasta el 10 de junio de 2020.
9. En atención a lo solicitado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), AZTECA y ENEL autorizaron la notificación electrónica de los actos emitidos en el presente procedimiento, brindando para ello las respectivas cuentas de correo electrónico como domicilio procesal.
10. Mediante la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL del 21 de julio de 2020 (en adelante, la Resolución Impugnada), el CCO resolvió lo siguiente:

³ Mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (en adelante, Mandato de Compartición).

⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020.

⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020

⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril de 2020.

⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de mayo de 2020.



“Artículo Primero. – Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A., referida a que la contraprestación fijada en el marco del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura de Enel Distribución Perú S.A.A. podía exigir a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

Artículo Segundo. – Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por doscientos noventa y un (291) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017, por el importe de S/ 12,345.67 sin IGV.

Artículo Tercero. – Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por cuatro mil treinta (4,030) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017.

Artículo Cuarto.- Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal contenida en la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A referida a que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., y Enel Distribución Perú S.A.A, de acuerdo a los consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo Quinto. - Poner en conocimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., en su calidad de reclamante, y Enel Distribución Perú S.A.A, en su calidad de reclamada, la presente resolución”.

11. Con fecha 11 de agosto de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL, en el extremo que declaró fundada en parte la reclamación, y en consecuencia, se revoque el pronunciamiento del CCO y se declare fundada dicha reclamación en todos sus extremos.
12. Por medio de la Resolución N° 034-2020-CCO/OSIPTTEL del 18 de agosto de 2020, el CCO declaró el concesorio del recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución Impugnada.
13. A través de su escrito presentado con fecha 18 de setiembre de 2020, ENEL absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA. Además, la reclamada solicitó le concedan el uso de la palabra en audiencia de Informe Oral.

Asimismo, ENEL adjuntó un Informe de Experto como pericia de parte, solicitando al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) que brinde una audiencia de pruebas para actuar preguntas al perito; en caso contrario, que se valore la prueba ofrecida como parte del escrito de contestación. Adicionalmente, la reclamada requirió le remitan las Resoluciones del Tribunal de Solución de Controversias N° 002-2020-TSC/OSIPTTEL, N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL y N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL, que fueron invocadas por AZTECA.



14. El 20 de noviembre de 2020 se realizó el Informe Oral, con la participación de las dos partes del presente procedimiento.
15. Con fecha 26 de noviembre de 2020, ENEL presentó por escrito alegatos adicionales, solicitando al TSC que cambie el criterio que viene empleando en pronunciamientos anteriores que no son precedentes, debido a que se presentan nuevos hechos y fundamentos como los siguientes:
 - i) Se debe aplicar el principio de legalidad, a fin de reconocer que el Contrato de Compartición fue suscrito en cumplimiento de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, incluyendo el Anexo que define la fórmula para la contraprestación.
 - ii) A diferencia de anteriores pronunciamientos de la primera instancia, en el presente expediente, el CCO realizó un mayor análisis del Informe N° 292-2017-MTC/26, Oficio N° 520-2017-MTC/03 y Oficio N° 579-2017-MTC/26.
 - iii) De acuerdo con los fundamentos del informe que sustenta el Mandato de Compartición, el Consejo Directivo del OSIPTEL evidenció que el denominador “Na” es igual a 3, a partir de la emisión de dicho mandato.
 - iv) Los informes que invoca AZTECA para sustentar su posición no tienen fuerza legal, no son vinculantes ni oponibles.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. De acuerdo a lo expuesto en los antecedentes, considerando lo dispuesto en los artículos 221 y 124⁸ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁹ (en adelante, TUO de la LPAG) y lo expresado en su recurso de apelación, se advierte que AZTECA apeló lo relativo a la pretensión principal y accesoria de la primera pretensión principal contenida en su reclamación.
17. En ese sentido, este Tribunal considera que las materias en discusión en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si la contraprestación periódica que cobra ENEL en virtud de la relación de compartición que tiene con AZTECA excede el precio máximo

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

“Artículo 124.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. *Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.*
2. *La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.*
3. *Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.*
4. *La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.*

(...).“

(Énfasis añadido)

⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



previsto por la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na”.

- (ii) De ser el caso, determinar si corresponde disponer la devolución o compensación del importe que habría sido pagado en exceso por AZTECA.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1 Sobre la contraprestación periódica pactada en el Contrato de Participación de Infraestructura entre AZTECA y ENEL

3.1.1 El propósito de la participación de infraestructura y sus características

18. La Ley de Banda Ancha se dictó con el propósito de impulsar el desarrollo, la utilización y masificación de la banda ancha a nivel nacional. De acuerdo con la definición establecida en el artículo 4 de esta norma, la banda ancha es entendida como la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, de forma permanente y de alta velocidad, 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.
19. El impulso del despliegue de la banda ancha busca servir de medio para favorecer y facilitar la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación de las organizaciones hacia una sociedad de la información y el conocimiento.
20. Considerando estos aspectos, la Ley de Banda Ancha declaró de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso compartido de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes de telecomunicaciones que permitan la provisión de banda ancha fija y móvil.
21. El artículo 13 de la Ley de Banda Ancha desarrolla el régimen de acceso y uso de la infraestructura de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, disponiendo que los concesionarios de dichos servicios tienen la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha.
22. El numeral 13.4 de la misma norma precisa que este régimen de participación de infraestructura se sujeta a determinadas condiciones. Para efectos de la presente controversia, resulta relevante considerar la condición prevista en el literal b) de dicho numeral, que señala lo siguiente:

“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

(...)

b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.”

(Énfasis añadido)



23. Dichas condiciones han sido desarrolladas en el artículo 30 del Reglamento¹⁰, el cual señala que el régimen de acceso y uso compartido de infraestructura, que permita el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, se encuentra sujeto al pago de dos (2) tipos de contraprestaciones: (i) la contraprestación inicial única, que debe permitir la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico para permitir el acceso y uso de la infraestructura; y, (ii) la contraprestación periódica, que debe retribuir la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.
24. Conforme a dicho régimen legal, las referidas contraprestaciones no se encuentran abiertas a la absoluta libertad de determinación de las partes, sino que se sujetan a la regulación establecida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento. Haciendo especial énfasis en este aspecto, el numeral 30.4 del Reglamento precisa de manera expresa que el resultado que se obtiene de la Metodología constituye el precio máximo aplicable por las referidas contraprestaciones. Conforme a ello, si bien se reconoce la posibilidad de que las partes pacten un precio menor, lo cierto es que no podrían acordar ni aplicar libremente un precio que supere el máximo establecido por la referida Metodología.
25. Como se puede advertir, el legislador ha creado un régimen de compartición de infraestructura para la provisión de banda ancha, que se reflejan en las siguientes características: (i) obligatoriedad, porque impone a las empresas titulares de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos una carga que limita su libertad de contratar frente a un pedido de acceso y uso compartido formulado por un operador de telecomunicaciones para efectos de desplegar redes necesarias para la provisión de banda ancha; (ii) onerosidad, en tanto se reconoce que el acceso y el uso compartido de la infraestructura generan costos que deben ser retribuidos por el operador de telecomunicaciones; y, (iii) sujeción a precios máximos, en la medida que las dos contraprestaciones exigibles por el acceso y uso compartido de infraestructura no pueden ser superiores a los correspondientes montos que resulten de la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento.
- 3.1.2 La contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura como precio máximo
26. La relación de compartición que se establece con la suscripción de un contrato de compartición comprende una serie de vínculos en función de los términos y condiciones pactados por las partes. Uno de los principales aspectos de esta

¹⁰ Artículo 30.- *Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos*

30.1 *El acceso y uso de la infraestructura existente de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos, será retribuido económicamente. La retribución consiste en una contraprestación inicial única y contraprestaciones periódicas.*

30.2 *La contraprestación inicial única considerará la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico o de hidrocarburos para prestar el acceso y uso a su infraestructura, y las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.*

(Énfasis añadido)



relación es la contraprestación o retribución económica que se debe pagar al titular que permite el acceso y uso de su infraestructura con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha.

27. La Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento establece la fórmula que determina la contraprestación periódica mensual por el acceso y uso de la infraestructura. De acuerdo con dicha fórmula¹¹, el operador de telecomunicaciones tendría que pagar por concepto de contraprestación periódica el importe resultante de la suma de los impuestos municipales adicionales que genera el acceso y uso compartido (“Imp”) y el producto de los siguientes factores:
- (i) el costo de operación y mantenimiento (OPEX) adicional en que se incurre cuando la infraestructura eléctrica es compartida, que debe representar una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura eléctrica sin compartición (“OMc”);
 - (ii) el factor de distribución entre los arrendatarios (“B”); y,
 - (iii) un margen de utilidad razonable (“im”).
28. El precio máximo correspondiente a la contraprestación periódica no es producto de la aplicación de un importe fijo, como ocurre en otros supuestos, en los que la verificación del cobro de un importe superior al precio máximo regulatorio es más visible¹². La determinación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura exige un ejercicio previo, en el que corresponde aplicar los valores de la fórmula prevista en la Metodología. Así, una aplicación incorrecta de la referida fórmula o de sus correspondientes valores a una relación de compartición puede generar el cobro indebido de un precio superior al máximo establecido por el Reglamento.
29. En el presente caso, AZTECA ha solicitado que se declare que la contraprestación periódica establecida en el Contrato de Compartición que suscribió con ENEL excede la máxima retribución exigible por el acceso y uso compartido de infraestructura, debido a que se habría aplicado incorrectamente la fórmula contenida en la Metodología, al haberse asignado al denominador “Na” un valor igual a uno (1), pese a que tendría un valor de tres (3). De acuerdo con ello, corresponde verificar cuál es el valor que dicha fórmula ha asignado al denominador “Na”.
- 3.1.3 Los alcances de la función de solución de controversias en la determinación del valor del denominador “Na” contenida en la fórmula de la metodología
30. El Mandato de Compartición aprobado por Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTTEL, fue dictado por el OSIPTTEL en ejercicio de su **Función Normativa** y, tal y como lo han reconocido las partes, rige la relación de compartición establecida entre AZTECA y ENEL hacia adelante, es decir, tiene efectos *ex nunc* –no retroactivos–, de modo que no cubren el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la fecha de entrada en vigencia de dicho Mandato, que es el periodo en discusión en el presente caso.

¹¹ Se muestra la fórmula en su versión original, antes de la modificación efectuada por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 a las variables “f” y “m”.

¹² Por ejemplo, en la Resolución N° 115-2014-CD/OSIPTTEL se fijó el cargo de interconexión tope por adecuación de red en US\$ 1 841.58 por E1, en la modalidad de uso compartido de elementos de adecuación de red.



31. Considerando lo expuesto, es preciso indicar que el presente pronunciamiento se efectúa en ejercicio de una **función** específica atribuida a esta entidad para resolver controversias que **afecten** o puedan afectar el mercado de telecomunicaciones. La labor reservada a los órganos que ejercen la función de solución de controversias del OSIPTEL consiste en evaluar el marco normativo y regulatorio para aplicar sus alcances a un determinado conflicto, pudiendo recurrir para ello a métodos de interpretación e integración jurídica.
32. Así se ha resaltado en un pronunciamiento anterior de este Tribunal, en el que se indicó que los órganos de solución de controversias no tienen competencia para fijar la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones -dado que eso implica el ejercicio de una función diferente que es la función reguladora- sino para resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos dictados por esta entidad¹³.
33. El presente caso consiste, precisamente, en una controversia surgida como consecuencia de interpretaciones divergentes de lo dispuesto en la Metodología del Anexo 1 del Reglamento, en particular, en lo relativo al valor que se otorga al denominador "Na". Asimismo, se aprecia que las partes no comparten una misma interpretación sobre el valor legal del denominador "Na", puesto que ENEL afirma que este corresponde al número efectivo de arrendatarios, mientras que AZTECA sostiene que corresponde al número de arrendatarios que asumió el MTC como presupuesto para la elaboración de la Metodología, esto es, que es igual a tres (3).
34. ENEL sostiene que, en obediencia al principio de legalidad, las partes pactaron la retribución prevista en el Contrato de Compartición¹⁴ de acuerdo con la fórmula legal contenida en el Reglamento, y que de la revisión del texto de la norma vigente en el 2015 no era posible determinar que el denominador "Na" es igual a 3, debido a que la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 no hace referencia expresa al valor que deberá asignarse al denominador "Na" que forma parte del Anexo 1 del Reglamento.
35. Por tanto, así planteada la presente controversia, corresponde a este Tribunal determinar cuál es el valor legal del denominador "Na", de conformidad a lo previsto en la normativa, en tanto resulta indispensable tener en cuenta la finalidad de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, así como del régimen de compartición de infraestructura, atendiendo al interés público que se busca tutelar.
36. De esta manera, en ejercicio de la función de solución de controversias, corresponde analizar el marco normativo y regulatorio a fin de verificar el valor asignado al denominador "Na" en la fórmula contenida en la Metodología para la determinación de la contraprestación periódica, en atención a los argumentos alegados por las partes y lo resuelto por el CCO en el presente procedimiento trilateral. Luego, de ser el caso, corresponderá analizar si este valor ha sido correctamente aplicado por las partes, lo que permitirá corroborar si la contraprestación periódica pagada por AZTECA a ENEL, en el periodo facturado comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la entrada en

¹³ Ver: Resolución 010-2016-TSC-OSIPTEL del 17 de agosto de 2016, en el procedimiento seguido por Multivisión S.R.L contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

¹⁴ En concreto, en la Cuarta Cláusula y el Anexo N° 1.



vigencia del respectivo Mandato de Compartición, superó el precio máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.

37. La referencia al denominador “Na” en la fórmula se encuentra en la definición de la variable “B”. Allí se indica que “B” es el “factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios” y está representado como el resultado de la siguiente división: “1/Na”.

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

(...)

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

38. Como se puede apreciar, para efectos de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, “Na” se define como el “número de arrendatarios”. La Metodología no se refiere al denominador “Na” con un valor determinado, es decir, no existe referencia expresa en la norma que indique si este factor de la fórmula es equivalente a uno (1) o a tres (3), como sostiene AZTECA, o a cualquier otro valor referido al número efectivo de arrendatarios, como sostiene ENEL.
39. Ahora bien, como se ha indicado previamente, en el marco de la función de solución de controversias corresponde verificar si existe sustento que permita determinar el valor del denominador “Na” considerado en la fórmula prevista en la Metodología, teniendo en cuenta que la falta de una referencia expresa no necesariamente implica que no exista o que no se pueda desprender dicho valor del marco normativo y regulatorio. Para tal efecto, resulta necesario evaluar la documentación correspondiente a los antecedentes jurídicos directamente vinculados al Reglamento y, concretamente, a la fórmula contenida en la Metodología.
40. Al respecto, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Banda Ancha dispuso que su Reglamento debía ser propuesto por el MTC, el Ministerio de Energía y Minas, el OSINERGMIN y el OSIPTEL. En atención a este encargo, mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 publicada el jueves 13 de junio de 2013, el MTC publicó un proyecto de Reglamento de la Ley de Banda Ancha, a fin de recibir sugerencias y comentarios.
41. El sustento de este proyecto de reglamento se aprecia en su respectiva exposición de motivos y en el Informe N° 83-2013-MTC/26 del 27 de marzo de 2013. En los referidos documentos se resalta que el acceso y uso compartido de infraestructura se encuentra sujeto al pago de contraprestaciones periódicas que remuneran su operación y mantenimiento, aunque no se advierte mayor referencia a la forma detallada de aplicación de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento y tampoco sobre el valor considerado para los factores que la componen.
42. Sin embargo, posteriormente, el MTC realizó una nueva evaluación de dicho Proyecto en el Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013, atendiendo a los comentarios y sugerencias recibidos sobre el referido proyecto de reglamento. En dicho documento, se precisa que se consideró necesario realizar ciertas modificaciones y precisiones en la formulación original del proyecto de reglamento.



43. A diferencia de lo que ocurrió con el sustento inicial del proyecto, en el citado Informe N° 251-2013-MTC/26 existe una explicación detallada sobre el sustento de la fórmula metodológica para determinar el pago de las contraprestaciones periódicas por el acceso y uso compartido de infraestructura. En esta oportunidad, el MTC señaló expresamente que consideraba importante incluir información adicional, que sustente en mejor medida los valores utilizados en la fórmula contenida en la Metodología.
- (i) Sobre la falta de carácter normativo del Informe N° 251-2013-MTC/26
44. AZTECA sostiene que la interpretación de los alcances del denominador “Na” se evidenciaban en el mencionado Informe N° 251-2013-MTC/26, a partir de la revisión de los alcances del parámetro “f” de la misma fórmula. Al respecto, ENEL cuestionó este documento por no tener carácter normativo.
45. Sobre ello, como ya ha señalado este Tribunal en reiterados pronunciamientos¹⁵, no resulta relevante para efectos de la interpretación de los alcances de una disposición normativa verificar si los documentos que le sirvieron de sustento califican o no como normativos, pues ello implicaría que la interpretación de las disposiciones normativas solo podría realizarse a través de la aprobación de otras disposiciones de la misma naturaleza, lo que reduciría el margen de apreciación de los órganos resolutivos para determinar los alcances de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, excluyendo la posibilidad de recurrir a la exposición de motivos, los informes técnicos y otros documentos de sustento de la aprobación de una disposición normativa.
46. De esta manera, en ejercicio de la función de solución de controversias, que implica realizar una labor de interpretación de las disposiciones normativas ante la existencia de una desavenencia en los alcances de esta, resulta indispensable considerar y evaluar toda la documentación relacionada con la referida norma, incluyendo los documentos que le dieron origen y que contienen su sustento, a fin de dilucidar el sentido de esta.
47. Ello resulta concordante además con lo expresamente dispuesto por el artículo 86 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuya virtud, uno de los deberes principales de este Tribunal es el de interpretar las normas administrativas, de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.
48. En ese sentido, si bien es indiscutible que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo –y por ello no ha seguido el régimen de publicación normativa–, ello no impide atribuirle mérito probatorio, ni resta y mucho menos anula el valor interpretativo que puede servir a este Tribunal para efectos de determinar el valor del denominador “Na” considerado en la fórmula de la Metodología, contrariamente a lo afirmado por ENEL. Por tanto, resulta incorrecto asumir que este documento, no pueda ser tomado en cuenta para la resolución de la presente controversia porque no se encuentra contenido en un documento con carácter normativo.

¹⁵ Ver: Resolución N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL del 26 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Electro Sur Este S.A.A. en el marco del Expediente N° 018-2018-CCO-ST/CI; Resolución N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL del 31 de julio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. en el marco del Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI; y, la Resolución N° 017-2020-TSC/OSIPTTEL del 25 de septiembre de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Statkraft Perú S.A. e Inversiones Shaqsha S.A.C. en el marco del Expediente N° 012-2018-CCO-ST/CI.



49. Asimismo, a diferencia de lo argumentado por ENEL, conforme fue reconocido por este Tribunal en pronunciamientos anteriores en el marco de controversias similares¹⁶ y que también resulta aplicable al presente procedimiento, esta necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del Principio de Verdad Material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley.
50. La observancia de este principio es exigible también en los procedimientos trilaterales, en los que incluso cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.
51. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26, resulta plenamente pertinente para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y ENEL respecto de la determinación del valor del denominador “Na” considerado en la fórmula contenida en la Metodología, al igual que otros medios probatorios aportados que, si bien tampoco tienen la calificación normativa, permiten a este Tribunal interpretar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico aplicable.
- (ii) Sobre el conocimiento de los alcances del Informe N° 251-2013-MTC/26
52. ENEL cuestionó el Informe N° 251-2013-MTC/26 por no haber sido de conocimiento de las partes, mientras que en la resolución apelada también se afirma que las partes no conocieron el documento. ENEL considera que la falta de publicidad del referido informe generó que las partes no pudieran tener conocimiento de los alcances de este, a fin de ser considerado por AZTECA y ENEL al momento de suscribir el Contrato de Compartición.
53. Al respecto, resulta pertinente mencionar que la invocada falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula prevista en la Metodología no puede dar lugar a que las partes apliquen una contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura que supere el precio máximo que establece el Reglamento. Admitir esta posibilidad implicaría que, por el alegado desconocimiento de los alcances de una disposición de carácter regulatorio, se apliquen términos y condiciones de compartición que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.
54. En el presente caso, la determinación de la contraprestación periódica trasciende el interés particular de los administrados, en tanto involucra la existencia de un interés público, de modo que no puede existir posibilidad lícita alguna de que las partes apliquen libremente una contraprestación periódica por encima del máximo que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.
55. En tal sentido, incluso un eventual desconocimiento de las partes sobre la forma correcta de determinación de la contraprestación periódica, no enerva el deber de la

¹⁶ Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTTEL del 28 de octubre de 2019, emitida en el procedimiento seguido por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI; la Resolución N° 002-2020-TSC/OSIPTTEL del 19 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra el Proyecto Especial Olmos Tinajones en el marco del Expediente N° 019-2018-CCO-ST/CI; y, la Resolución N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL del 26 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Electro Sur Este S.A.A. en el marco del Expediente N° 018-2018-CCO-ST/CI.



autoridad de aplicar la regulación que corresponda, adoptando, de ser el caso, las medidas que se requieran para revertir cualquier contravención producida, teniendo en cuenta que la aplicación de una contraprestación periódica que supere el precio máximo, que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, constituiría un incumplimiento del marco regulatorio contenido en la Ley de Banda Ancha.

56. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su matriz de comentarios resultan plenamente pertinentes para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y ENEL respecto de la determinación del valor del denominador “Na” considerado en la fórmula contenida en la Metodología.

3.1.4 La definición del valor de “Na” en la fórmula

(i) La relación existente entre las variables de la fórmula y el valor del “Na”

57. AZTECA argumenta que el CCO, al igual que ENEL, se equivoca al afirmar que en el Informe N° 251-2013-MTC/26 no se evidenciaba una referencia sobre la determinación del valor del denominador “Na” ni se desprendía que el razonamiento de sustento de la variable “f” permita inferir la existencia de una relación con el valor del denominador “Na” y que este es equivalente a tres (3). Sin embargo, este Tribunal no comparte la conclusión del CCO por los fundamentos que seguidamente se exponen.
58. En principio, debe indicarse que los componentes “Imp” y “(1+Im)” de la fórmula no revisten mayor relación con la determinación del denominador “Na”. En cambio, sí existe una relación directa entre la variable “OMc” y “B”, toda vez que ambas están referidas a los costos generados por el despliegue de las instalaciones de cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica.

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

(...)

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

59. De la revisión de los referidos componentes de la fórmula, puede advertirse que el componente “OMc” representa el costo adicional de operación y mantenimiento en el que incurre una empresa eléctrica por compartir su infraestructura, mientras que la variable “B” (que se representa por el resultado de la división “1/Na”) permite distribuir este costo adicional entre los arrendatarios. La funcionalidad de esta relación es relevante en el presente caso, pues sobre la base del cálculo realizado para determinar el costo adicional que genera la compartición (“OMc”), se puede desprender el número de arrendatarios (“Na”) previsto en la construcción de la fórmula.
60. La referida fórmula precisa que para efectos de la compartición de la infraestructura eléctrica, la variable “OMc” se encuentra representada por el producto del parámetro “f” y “OMs”.



$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f : 20%

OMs : Costo mensual OPEX sin
compartición (...).

61. La definición de la variable “OMs” viene dada por la regulación prevista en el sector eléctrico, por lo que su asignación en la fórmula no amerita mayor revisión para efectos del presente caso. En cambio, sí resulta necesario revisar la determinación del valor asignado al parámetro “f”, pues refleja el costo que debe asumir la empresa de telecomunicaciones en función del costo ordinario de operación y mantenimiento en el que incurre una empresa eléctrica cuando no comparte su infraestructura.
- (ii) La definición del parámetro “f” en la fórmula
62. Antes de la modificación introducida por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, la Metodología asignó al parámetro “f” un valor uniforme de 20%, independientemente del tipo de tensión de la torre eléctrica a ser compartida (baja, media o alta tensión)¹⁷, es decir, se asumió que el régimen de compartición para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones generaba el 20% del costo de operación y mantenimiento en el que incurría una empresa eléctrica cuando no compartía su infraestructura.
63. Al apreciar la fórmula, se podrá verificar que la Metodología únicamente asigna el valor de “f”, pero no expone el procedimiento seguido para su determinación. Este procedimiento se encuentra en la explicación que se realiza en el Informe N° 251-2013-MTC/26. En este documento se indica que el valor del parámetro “f” se obtuvo considerando dos (2) criterios: (i) el criterio de espacio y (ii) el criterio de peso.
64. Además, al efectuar la evaluación del criterio de espacio, el MTC tomó en cuenta la información proporcionada por el FTEL y la información técnica comparada respecto a la configuración física de los postes eléctricos y el espacio disponible que tienen para ser compartidos.
65. Al efectuar la evaluación de la información técnica comparada, el MTC llegó a considerar que una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos adicionales de operación y mantenimiento, que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, era el ratio entre el espacio disponible a ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste eléctrico, con lo cual se obtenía un resultado de 16%. Asimismo, estimó que este valor era cercano al ratio “espacio utilizable/espacio total” (D/C) que se apreciaba en la información proporcionada por el FTEL, respecto de la configuración física de un poste eléctrico (17% para postes de 9 m y 14% para postes de 11 m), por lo que concluyó que el resultado obtenido se encontraba dentro de un margen de variación aceptable.
66. Luego, el MTC consideró que se debía incluir en el cálculo final un margen de seguridad adicional, dada la existencia de postes eléctricos con características

¹⁷ Con la modificación efectuada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, se asignó a “f” un valor en función al tipo de tensión de la infraestructura eléctrica: 20% cuando la infraestructura es de baja tensión y 18.3% cuando la infraestructura es de media y alta tensión.



particulares (altura, materiales, etc.) y teniendo en cuenta que la definición el valor de este parámetro sería aplicable también a las torres de alta tensión. Siguiendo esta evaluación, el MTC concluyó que el valor de “f” conforme al criterio de espacio debía ser equivalente a 20%.

67. Nótese que este valor asignado al parámetro “f” tomó en cuenta la instalación de tres (3) espacios para el tendido de cables de fibra óptica. En efecto, la información técnica comparada permite verificar el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en una torre eléctrica y la información del FTEL confirma que el espacio asignado y empleado en la construcción de la fórmula para la contraprestación periódica por compartición de infraestructura se encuentra reservado para la instalación de tres (3) cables de fibra óptica.
68. Por otro lado, el MTC también consideró pertinente recurrir al criterio de peso para determinar el costo de operación y mantenimiento que generaría el régimen de compartición a los titulares de la infraestructura eléctrica. En este caso la determinación del valor del parámetro “f” también partió asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Para ello, se obtuvo el ratio que resultaba de la división del peso de tres (3) cables de fibra óptica entre el peso de tres (3) conductores eléctricos (3x95/3x745), cuyo resultado fue 15%¹⁸.
69. El MTC consideró que la estimación del valor del parámetro “f” igual a 15% podría estar sujeta a la variabilidad de ciertos factores (cables de telecomunicaciones más pesados, conductores más pesados o más livianos, etc.), por lo que optó por incrementar el valor obtenido asumiendo la existencia de un margen de seguridad razonable, con lo que, siguiendo el criterio de peso, consideró que correspondía asignar al parámetro “f” un valor equivalente a 20%.
70. Para efectos de la controversia, interesa resaltar que también en este caso el MTC dimensionó el porcentaje del parámetro “f” sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica. Es decir, en la estimación del modelo empleado para la construcción de la fórmula contenida en la Metodología, consideró que debía retribuirse el costo adicional de operación y mantenimiento que generaría el peso de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica a ser compartida.
71. Cabe indicar que la Resolución Impugnada recoge ciertos cuestionamientos sobre el sustento de los criterios de espacio y peso empleados en la definición del parámetro “f”: (i) no se habría desarrollado la información que identifique el número de cables que soportaría la infraestructura en la información técnica empleada para determinar el espacio a ser ocupado por los cables de fibra óptica¹⁹; (ii) se habría

¹⁸ “Ahora bien, a efectos de plantear los supuestos para efectuar los cálculos correspondientes, en principio se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torre (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).

Así, considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente de 745 Kg/Km; el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%.”

(Informe N° 251-2013-MTC/26)

¹⁹ “Respecto del segundo supuesto, construido con la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se cuenta con información suficiente para identificar el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah.”



incluido un margen de seguridad adicional que distorsionaría la posibilidad de advertir un vínculo entre “f” y “Na”²⁰; y, (iii) existiría una imprecisión en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso²¹.

72. Al respecto, es necesario señalar que la fijación de precios en las industrias reguladas puede efectuarse recurriendo a diversas metodologías (costos incrementales, costos marginales, precios Ramsey, *price caps*, empresa eficiente, tasa de retorno, etc.). En cada uno de estos casos, la autoridad competente procede a adoptar presupuestos o modelos de carácter técnico y económico, aplicables de manera general, que sirven de sustento para obtener el resultado final, que constituye el precio regulado.
73. Si bien el OSIPTEL tiene atribuida legalmente la función de regulación de precios en el mercado de telecomunicaciones, en el caso particular de la fijación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, el legislador optó por atribuir esta competencia directamente al MTC, al encargarle la responsabilidad de elaborar el Reglamento. Esta función no modifica la naturaleza del MTC, pero la función desplegada para este propósito claramente tiene un componente regulatorio, que no se puede discutir en ejercicio de función de solución de controversias por ser esta una actividad administrativa distinta a aquella.
74. En ese sentido, no corresponde a esta instancia determinar si los criterios empleados por el MTC para calcular los costos de operación y mantenimiento adicionales generados por la compartición de infraestructura son los adecuados o no, ni tampoco prescindir de su aplicación por la alegada imprecisión en su determinación. Los cuestionamientos que eventualmente puedan existir sobre el empleo de las variables o el modelo utilizado por el MTC para la determinación de la contraprestación periódica corresponden efectuarse en las vías procedimentales que para tal efecto prevé la ley.
75. El propio MTC reconoce que la definición de la fórmula contenida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento parte de supuestos que podrían ser diferentes; sin embargo, para fines regulatorios, opta por los que considera que constituyen un modelo aplicable en todos los casos, para efectos de la determinación de la contraprestación periódica que correspondería pagar a las

(Fundamento 157 de la Resolución Impugnada).

²⁰ “Adicionalmente a ello, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” a 20%. Por lo tanto, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en modo alguno se puede inferir un vínculo indelible entre los valores “f” y del denominador “Na” y, tampoco permite una equivalencia del “Na” como constante en tres (3)”.
(Fundamento 158 y 159 de la Resolución Impugnada).

²¹ “Así, a efectos de la determinación del valor “f”, considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de hasta tres (3) cables de fibra óptica ADSS y el peso de tres conductores eléctricos, obteniendo como resultado 12.75%.
De otro lado, luego del cálculo de la variable “f” sobre la base del segundo criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC también al igual que en el criterio que considera el espacio utilizado incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” obteniendo de 15% a 20%, haciéndose referencia a aspectos cualitativos sin sustentar cuantitativamente el incremento de dicha variable.
(...) Asimismo, si se considera el valor real obtenido del ratio, ascendente a 12.75%, el referido margen de seguridad razonable resultaría aún más amplio, ya que éste se habría incrementado hasta en un 57% para obtener el valor final mencionado en el Informe.”
(Fundamento 162, 163 y pie de página 89 de la Resolución Impugnada).



empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.

76. Asimismo, resulta necesario resaltar que en el Informe N° 251-2013-MTC/26 destaca la dificultad de determinar el costo que la compartición de infraestructura eléctrica puede generar en sus titulares; sin embargo, como parte de la fijación del precio máximo de la contraprestación periódica, asume que el modelo se basa en dos (2) criterios (espacio y peso), aunque precisa que estos podrían ser diferentes. Pese a ello, se inclina por el “arreglo general” y la “buena aproximación” que refleja el resultado de la aplicación de los criterios empleados. En otros términos, se confirma que el valor asignado al parámetro “f” es 20% como resultado de la aplicación de los mencionados criterios de espacio y peso, los cuales se sustentan en que la infraestructura eléctrica está dimensionada sobre la base tres (3) cables de fibra óptica.
77. De acuerdo con ello, la norma incorporó la variabilidad de peso de los cables de telecomunicaciones y conductores, estimando una capacidad de tres (3) accesos por estructura. De esta manera, si bien el valor porcentual del factor “f” aumentó al incluir un margen de seguridad adicional, alcanzando el 20%, ello no implica que haya dejado de considerar el peso y espacio dimensionado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica como criterio para su determinación, como se ha explicado a lo largo del Informe N° 251-2013-MTC/26.
78. En ejercicio de la función de solución de controversias, este Tribunal no puede determinar si el valor asignado a “f” es el idóneo o no, dado que ello constituiría el desarrollo de la función de regulación de precios o, eventualmente, la revisión de los precios previamente fijados. No cabe en este procedimiento cuestionar los presupuestos, modelos o el razonamiento económico que sustenta la definición de la fórmula para establecer la contraprestación periódica ni prescindir de ellos para la resolución del presente caso. En esos términos, el cuestionamiento de los modelos o presupuestos adoptados por el MTC en la construcción de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento constituiría una injerencia en el desarrollo de funciones ajenas a la de solución de controversias.
79. En consecuencia, para este Tribunal se puede afirmar que la definición del parámetro “f” obedece a un propósito regulatorio que se materializa a través de una disposición normativa, cuyo sustento y definición estuvo a cargo del MTC. Conforme a esta evaluación, el valor de “f” es 20% y representa el costo de operación y mantenimiento adicional en el que incurre la empresa eléctrica como consecuencia de la compartición de la infraestructura, el cual ha sido dimensionado considerando el espacio que ocuparían y el peso que generarían tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.
80. Lo expuesto permite verificar que en el proceso de determinación de la contraprestación periódica que deben pagar las empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, la definición de la variable “f” no se encuentra sustentada en la existencia de un (1) cable de fibra óptica, sino que ha sido dimensionado considerando la existencia de tres (3). Esto implica que el modelo regulatorio empleado por el MTC en la construcción de la fórmula no retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que genera solo un (1) cable de fibra óptica, ni se encuentra en función al número de arrendatarios, sino retribuye los costos que generan tres (3) cables de fibra óptica.

(iii) La relación entre el parámetro “f” y el valor asignado al denominador “Na”



81. El parámetro “f” y el denominador “Na” tienen relación en la fórmula porque forman parte de dos (2) componentes que se encuentran directamente vinculados con los costos que deben ser retribuidos por las empresas de telecomunicaciones como contraprestación periódica por el uso compartido de la infraestructura eléctrica. Como se ha indicado previamente, el parámetro “f” es un componente de la variable “OMc”, que representa el costo adicional en el que incurre una empresa eléctrica por compartir su infraestructura, mientras que el denominador “Na” es un componente del factor “B”, que permite distribuir el costo adicional entre los arrendatarios.

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte, que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$B = 1/Na$.

Donde Na: número de arrendatarios.

82. En la fórmula se aprecia que “OMc” (integrado por el parámetro “f”, equivalente a 20%) fue definido como el costo de operación y mantenimiento adicional que se genera en la infraestructura eléctrica y representa una fracción del costo mensual de operación y mantenimiento en el que incurre ordinariamente la infraestructura eléctrica cuando no es compartida. De acuerdo con esta definición, puede desprenderse que la contraprestación periódica reconoce únicamente los costos incrementales que se generan como consecuencia del costo adicional en el que se incurre por permitir el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, mas no pretende el reconocimiento de “ingresos garantizados” a su titular.
83. En esa línea, considerando términos retributivos, en virtud de la fórmula para el pago de la contraprestación periódica, una empresa de telecomunicaciones que despliega un (1) solo cable de fibra óptica por la infraestructura eléctrica no podría lícitamente estar pagando el costo total dimensionado por la fórmula, que se sustenta en el espacio y peso de la infraestructura eléctrica para tres (3) cables de fibra óptica, cuando usa únicamente el espacio y peso correspondiente a un (1) cable de fibra óptica.
84. Admitir la licitud de esta posibilidad representaría el cobro de un precio superior al precio máximo establecido en el Reglamento. Es decir, se imputaría a un arrendatario, que requiere el tendido de solo un (1) cable de fibra óptica, todo el costo incluido en el modelo de la fórmula regulatoria para la definición de la contraprestación periódica, que ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica que puede soportar la infraestructura eléctrica.
85. Un escenario de este tipo desnaturaliza el objetivo del régimen económico de compartición previsto en la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, dado que, en el caso bajo evaluación, habría permitido a ENEL la percepción de ingresos por encima de los costos de operación y mantenimiento que deben ser retribuidos, conforme al marco normativo.



86. La evaluación del valor asignado al denominador “Na” en la fórmula de la Metodología exige reparar en que su inclusión se realiza como parte de la definición del factor “B”, que constituye el factor de “distribución de costos” entre los arrendatarios. Ello implica que los costos a los que se refiere este factor son precisamente aquellos que se generan como consecuencia de la compartición, es decir, los costos adicionales de operación y mantenimiento generados por la instalación de cables de telecomunicaciones (“OMc”).
87. De acuerdo con ello, la aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la Metodología, no puede restringirse a la definición de número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado para la retribución de la contraprestación periódica.
88. En estos términos, en tanto el modelo regulatorio empleado por el MTC en la construcción de la fórmula para la retribución de la contraprestación periódica reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica y al encontrarse acreditado que estos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, desplegados por tres (3) operadores de telecomunicaciones, se puede advertir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3). De esta manera, la contraprestación resultante de aplicar la fórmula retribuye el costo generado por un cable de comunicación, independientemente del número de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar.
89. Lo expuesto se encuentra alineado con el régimen de compartición de infraestructura eléctrica, previsto en el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. En dicha norma se precisa que toda retribución y/o costos imputados por la compartición de infraestructura será 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 titular²².
90. En conclusión, si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado al denominador “Na”, a partir de su revisión integral y teniendo en cuenta la información contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es posible concluir que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura fijada en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3).

22

DECRETO SUPREMO N° 009-2005-MTC, REGLAMENTO DE LA LEY N° 28295 QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

(...)

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

(...)

(Énfasis añadido)



3.1.5 La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26

91. AZTECA sostuvo que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sustentada en el Informe N° 292-2017-MTC/26, habría desarrollado el razonamiento económico de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, evidenciándose que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica.
92. Frente a ello, el CCO consideró que no se advierte del Informe N° 292-2017-MTC/26, un sustento y/o esclarecimiento acerca de las premisas que las partes de una relación de compartición de infraestructura deben tener sobre el valor del denominador “Na” o, en su defecto, de los parámetros que deben tomarse en consideración para su determinación, ya que únicamente se encontró dirigido a sustentar las modificaciones de las variables “f” y “m” de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, realizadas por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. Asimismo, señala el CCO que a pesar que con ocasión de la construcción de la variable “f” en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se parte de la premisa que una estructura pueda soportar tres (3) cables, ello no determina que las partes pudieran haber asumido un “Na” igual a tres (3) desde el inicio de su relación contractual.
93. De otro lado, ENEL indicó que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente desarrolla la construcción de la variable “f” a partir de la premisa que la infraestructura del concesionario de energía eléctrica puede soportar hasta tres fibras. Sin embargo, no se afirma una relación entre la variable “f” con el denominador “Na”, ni se atribuye un valor único y/o determinado al denominador “Na”.
94. De la revisión de los alcances de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no se advierte que tenga el propósito de ser aplicada de manera retroactiva y, como señala el CCO, tampoco dispone la modificación del denominador “Na”, directa ni indirectamente. Sin embargo, debe indicarse que AZTECA tampoco ha afirmado lo contrario; es más, ha focalizado los argumentos de su pretensión afirmando que este valor no habría sido modificado con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino que se mantendría igual desde la emisión del Reglamento y que precisamente a raíz de la publicación de esta disposición normativa pudo advertir que el valor del “Na” siempre fue equivalente a tres (3).
95. De acuerdo con ello, carece de objeto determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ostenta la condición de una norma interpretativa del valor de “Na” y también se encuentra fuera de discusión su carácter modificadorio de los valores de “f” y “m” contenidos en la fórmula de la Metodología. La importancia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 reside en que el Informe N° 292-2017-MTC/26, que le sirve de sustento, ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el valor de “Na” es equivalente a tres (3).
96. En efecto, de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir con mayor claridad que el valor de la variable “f” fue dimensionado teniendo en cuenta el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Precisamente en esta oportunidad se señaló, de manera expresa, que el parámetro “f” se calculó tomando en cuenta la existencia de tres (3) arrendatarios.



97. El CCO consideró que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente se habría dirigido a sustentar las variables “f” y “m” de la fórmula metodológica y no contendría sustento y/o esclarecimiento acerca de la definición del valor de “Na” o los parámetros para su definición. Asimismo, ENEL indicó que este informe no vincula ni complementa las disposiciones recogidas en el Reglamento y únicamente desarrolla la construcción de la variable “f” a partir de la premisa que la infraestructura del concesionario de energía eléctrica puede soportar hasta tres fibras y que bajo ningún criterio se afirma una relación entre la variable “f” con el denominador “Na”, ni se atribuye un valor único y/o determinado al denominador “Na”.
98. Este Tribunal tampoco puede compartir estas apreciaciones, pues de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir la existencia de un acápite especialmente dedicado al análisis del parámetro “f” de la Metodología en su formulación original, cuando se aprobó el Reglamento, que se encuentra directamente relacionado con la determinación del valor del denominador “Na”. Veamos:
- “2.4 Análisis de las variables de “m” y “f” en la metodología del 2013*
En esta sección se describen los pasos realizados para la determinación de las variables “m” y “f” en la metodología del año 2013, los cuales fueron válidos para Baja, Media y Alta tensión, según el informe N° 251-2013-MTC/26. Cabe mencionar que, en la propuesta del presente informe, estos valores (m=77% y f=20%) permanecerán vigentes únicamente para el nivel de baja tensión” (sic)
(...)
a. Criterio por espacio
(...)
“Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios.”
(...)
b. Criterio por peso
“Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores.”
(...)
(Énfasis añadido)
99. Esta explicación descarta los cuestionamientos sobre la relación existente entre el parámetro “f” y el denominador “Na”, pues claramente se señala que los dos (2) criterios (criterio de espacio y de peso) empleados para la determinación de la fracción del costo adicional de operación y mantenimiento, que representa la compartición de infraestructura, se encuentran definidos considerando la posibilidad de atender a tres (3) arrendatarios.
100. Al respecto, es pertinente recordar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 explicó que el parámetro “f” fue definido asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, lo que permitía entender que la referencia se encontraba hecha a la posibilidad de que tres (3) empresas de telecomunicaciones desplieguen cada una un (1) cable de fibra óptica. Sobre este punto, la evaluación contenida en el Informe N° 292-2017-MTC/26 es mucho más contundente, pues refiere al costo económico incremental de provisión por la instalación de un cable de comunicación, el cual ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) cables de comunicación.
101. Luego, en el mismo Informe N° 292-2017-MTC/26 se incluye un acápite para la evaluación de la actualización de las variables “m” y “f” de la Metodología, que se aprueba con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. También en este



acápites se puede advertir que la referencia a los tres (3) cables de fibra óptica es en realidad a los tres (3) arrendatarios que podrían hacer uso de la infraestructura eléctrica.

“2.5 Actualización de los valores de las variables “m” y “f” con la información actual disponible

(...)

2.5.1 Actualización de la variable “f”

(...)

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio de peso”

(Énfasis añadido)

102. Teniendo en cuenta lo expuesto en este acápite, el Informe N° 292-2017-MTC/26 ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el costo adicional de operación y mantenimiento que genera la compartición de infraestructura fue calculado sobre la base de tres (3) arrendatarios, de modo que el factor de distribución del referido costo adicional (“B” = “1/Na”) se sustentó en esta cantidad de operadores. Lo anterior permite concluir que el valor de “Na” es equivalente a tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento.
- 3.1.6 Sobre los informes y exposición de motivos de proyectos de modificación de la Metodología que no fueron aprobados
103. El CCO sostuvo que el sustento de la exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f”, cuya publicación fue dispuesta mediante Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, permite inferir que el valor del denominador “Na”, conforme fue concebido en el año 2013, responde al número efectivo de arrendatarios. Ello debido a que, en el referido documento, el MTC habría realizado una simulación con los valores vigentes (aprobados en el 2013), asumiendo como supuesto el arrendamiento provisto a una sola empresa de telecomunicaciones, consignando para ello un “Na” con un valor equivalente a uno (1).
104. Asimismo, el CCO consideró que la misma conclusión se desprende de los informes que sustentaron los proyectos de modificación de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento, de fechas 9 de febrero de 2017 (Informe N° 040-2017-MTC/26) y 18 de julio de 2017 (Informe N° 256-2017-MTC/26).
105. Señala ENEL que el análisis que realizó el CCO en el presente caso -con relación al Informe N° 292-2017-MTC/26 del 2017- difiere del realizado en otros casos, y debe efectuarse conjuntamente con otros medios probatorios, como son los informes que sustentaron proyectos normativos.
106. Al respecto, se ha verificado que si bien el análisis que ha realizado el CCO en la resolución impugnada es más extenso, en su contenido analiza los mismos informes de proyectos normativos que ya fueron analizados por este Tribunal en casos anteriores similares a este, por lo que se debe tener en cuenta que la



exposición de motivos y los informes citados por el CCO sustentan proyectos normativos que no fueron aprobados, sino que, por el contrario, se vieron sometidos a evaluaciones, comentarios y modificaciones posteriores que, finalmente, dieron lugar a la emisión y publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 en agosto de 2017, cuyo sustento se encuentra en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que ha servido para ratificar la interpretación del valor del “Na” en la Metodología, tal como se ha expuesto previamente.

107. En ese sentido, sin desconocer el valor probatorio de los informes y las exposiciones de motivos en la interpretación normativa, no es posible atribuir carácter concluyente a documentos que sustentaron proyectos de modificación del Reglamento que no fueron aprobados y que, por ende, nunca entraron en vigencia. Más aún, cuando existen documentos que, recogiendo diversas modificaciones, son aprobados como versión final por la autoridad competente, como lo son la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta.
108. Con relación a este aspecto, resulta pertinente resaltar que el Informe N° 292-2017-MTC/26 contiene un acápite denominado “Análisis de las variables de ‘m’ y ‘f’ en la metodología del 2013”, en el que se hace referencia expresa a la consideración de que un poste/torre puede soportar tres (3) cables de fibra óptica en el criterio por espacio para determinar el valor de variable “f”, señalando que, por consistencia, la propuesta final del cálculo también toma en cuenta el mismo número de arrendatarios en el criterio por peso.
109. Por tanto, si bien los documentos que sustentan los proyectos de modificación del Reglamento pueden haber indicado que el denominador “Na” es dinámico, es decir, que responde al número efectivo de arrendatarios, el Informe N° 292-2017-MTC/26, que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, permite identificar cuál fue el valor asignado por el MTC al denominador “Na”, como se ha expuesto en el acápite precedente de acuerdo a la aplicación correcta de la Metodología del 2013.

3.1.7 La opinión del MTC sobre el valor del “Na”

110. Como parte de su reclamación, AZTECA sostuvo que mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, el Viceministro de Comunicaciones del MTC reconoció que el valor del denominador “Na” era igual a tres (3), con independencia del número efectivo o real de arrendatarios de la infraestructura eléctrica. Por su parte, ENEL sostuvo que mediante el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC señaló que el valor del denominador “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios.
111. Sobre este extremo, el CCO consideró que tanto el Viceministro de Comunicaciones del MTC como el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, no contaban con la facultad de atender consultas técnico-normativas incluida expresamente en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, por lo que los oficios no constituyen documentos jurídicamente vinculantes del órgano facultado en el MTC para interpretar que el valor del denominador “Na” era equivalente a tres (3) desde el inicio de la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.



112. Por su parte, ENEL sostiene que aplicar lo previsto en el Oficio N° 520-2017-MTC/03, pese a las divergencias en los pronunciamientos de las autoridades del MTC en un corto periodo, afectaría los principios de seguridad jurídica, buena fe, predictibilidad y confianza legítima que protegen a los administrados, ya que el Viceministro del MTC no puede cambiar de forma directa o indirecta el valor del factor “Na”.
113. Al respecto, si bien las modificaciones normativas se realizan en ejercicio de la función normativa, no puede afirmarse lo mismo respecto al carácter interpretativo que pueden tener los documentos de sustento de disposiciones normativas e incluso las opiniones que emiten al respecto las entidades que tienen competencia para tal efecto. Este Tribunal no comparte la afirmación del CCO, debido a que ello implicaría que la posibilidad de desprender el sentido de las disposiciones normativas únicamente podría realizarse mediante disposiciones normativas “interpretativas”. Si ese fuera el caso, el margen de apreciación de los órganos resolutivos, para determinar los alcances de las normas que integran el ordenamiento jurídico, sería simplemente inaplicable.
114. Si bien el Oficio N° 520-2017-MTC/03 no tiene naturaleza normativa, no es norma interpretativa, en el sentido antes expuesto, y tampoco es una norma modificatoria. Es un documento mediante el cual la Administración Pública transmite su apreciación respecto de los alcances de una disposición que ha sido emitida por ella. En ese sentido, su valoración no puede limitarse a revisar si ostenta o no carácter normativo, sino principalmente a ponderar el sustento que aporta para resolver la controversia. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.
115. Tampoco resulta suficiente limitarse a verificar si al momento de emitir el oficio la facultad de interpretar se encontraba prevista expresamente en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, pues no se puede dejar de considerar que quien emitió el oficio es la entidad encargada de aprobar la fórmula de la Metodología. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.
116. En tal sentido, el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido con posterioridad al Oficio N° 579-2017-MTC/26 se encuentra en línea con Anexo 1 del Reglamento, al señalar lo siguiente:
- “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 independientemente del número de arrendatarios efectivos”. (sic)
(Énfasis añadido)*
117. De acuerdo con lo que se puede apreciar, la opinión contenida en este oficio corrobora lo expuesto previamente, respecto a que el valor de la variable “Na” es equivalente a tres (3). El MTC no delimita el periodo de la valoración del “Na” hacia adelante, es decir, para el periodo posterior a la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino estima que este es el valor que



corresponde a esta variable desde la formulación inicial de la Metodología, como también entiende este Tribunal.

118. Cabe señalar que durante la tramitación de otro procedimiento que fue tramitado en esta instancia²³, se advirtió que un órgano del MTC (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones) emitió una opinión previa mediante el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, en la que sostuvo que el valor del “Na” correspondería al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Es decir, si una torre eléctrica soporta a un (1) arrendatario, entonces el valor de “Na” sería igual a uno (1), si soporta a dos (2), entonces el valor de “Na” sería igual a dos (2) y así, sucesivamente. Siguiendo este razonamiento, se afirmó que el pago que correspondería realizar a cada arrendatario se reduciría en proporción a “Na”, manteniendo la empresa eléctrica una recaudación constante por el arrendamiento de su infraestructura.
119. A juicio de este Tribunal, la consistencia de esta opinión es cuestionable a la luz de la interpretación efectuada respecto de los alcances de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En principio, debe indicarse que fue emitida de manera previa a la expedición del Oficio N° 520-2017-MTC/03, por un órgano jerárquicamente inferior al Viceministerio de Comunicaciones, que es quien expuso una posición definitiva del MTC sobre esta materia.
120. Por otro lado, debe advertirse que el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido posteriormente, cuenta con el visto del propio órgano que expuso el sustento singular sobre el valor del denominador “Na” en el Oficio N° 579-2017-MTC/26, de manera que se puede afirmar que, luego de su expedición, adecuó su posición, evidenciando la existencia de una apreciación unívoca en el MTC en el sentido que el valor del “Na” es equivalente a tres (3).
121. Por último, es necesario precisar que el sustento expuesto por el Oficio N° 579-2017-MTC/26 es contrario al principio económico que inspira la fórmula prevista en la Metodología, dado que asume erróneamente que el concesionario eléctrico debería mantener una “recaudación constante”, al margen del costo que asumen las empresas de telecomunicaciones por el despliegue de su infraestructura. En otros términos, bajo esta interpretación se privilegiaría la percepción de “ingresos garantizados” a las empresas eléctricas, independientemente de la cantidad de arrendatarios que hagan uso de sus instalaciones, pese a que la construcción de la fórmula se sustenta únicamente en el reconocimiento de costos incrementales. Conforme a ello, la interpretación expuesta en dicha oportunidad no se ajusta a la Metodología.
122. En consecuencia, puede concluirse que la exposición técnica del MTC, se ajusta a la apreciación de este Tribunal respecto al valor del denominador “Na”, en el sentido que es equivalente a tres (3), como se ha expuesto previamente.

3.1.8 Sobre los alcances de los Mandatos de Compartición

123. Como lo han señalado las partes durante el procedimiento, el Mandato de Compartición estableció las condiciones que rigen la relación contractual de

²³ Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTTEL del 28 de octubre de 2019, emitida en el procedimiento seguido por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI.



compartición entre AZTECA y ENEL hacia adelante. Al respecto, el CCO explicó que el Mandato de Compartición pudo determinar que el valor de “Na” era equivalente a tres (3) en ejercicio de la función normativa que ostenta el Consejo Directivo del OSIPTEL. Sin embargo, advirtió que la evaluación contenida en dicho documento no permitía desprender que el valor del denominador “Na” haya sido establecido en la Resolución Viceministerial N° 768-017-MTC/03 y tampoco que haya podido ser entendido por las partes desde el inicio de la relación contractual de compartición.

124. Al respecto, es necesario reiterar que los alcances del presente pronunciamiento se circunscriben al periodo facturado comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la entrada en vigencia del Mandato de Compartición, en concreto julio 2016 hasta julio 2017, que es materia de reclamación. Por tanto, no corresponde a esta instancia evaluar el razonamiento expuesto por el Consejo Directivo del OSIPTEL al emitir el Mandato de Compartición, teniendo en cuenta que su dictado se efectúa siguiendo un trámite determinado y con un propósito distinto al que se persigue en un procedimiento administrativo trilateral de solución de controversias, como el que es materia de evaluación en el presente caso.
125. Asimismo, si bien el CCO y ENEL, señalan que de la lectura del Informe N° 057-GPRC/2018 se advierte que el Consejo Directivo sostiene que el OSIPTEL es el encargado de definir el valor del denominador “Na” ya que el mismo no se puede advertir de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, cabe precisar que lo señalado por el Consejo Directivo debe ser interpretado sistemáticamente. Así, cuando se señala que el Consejo Directivo define al denominador “Na”, no debe interpretarse que en cada relación de compartición se definirá el valor de dicho denominador, sino que este se efectúa a la luz de los costos incrementales totales dimensionados para tres (03) cables de comunicación. La emisión del mandato se da ante la falta de acuerdo de las partes para modificar el contrato y tiene efectos *ex nunc* -sus efectos no son retroactivos-, de modo que no cubren el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la fecha de entrada en vigencia de dicho Mandato, que es el periodo en discusión en el presente caso.
126. Por el contrario, este Tribunal, de modo independiente, ha afirmado que la función de solución de controversias comprende la evaluación de los conflictos generados por las partes respecto a los alcances de los términos y condiciones normativas y contractuales que resultan aplicables a la relación contractual de compartición de infraestructura, para lo cual se recurre a los métodos de interpretación e integración del marco normativo aplicable²⁴, los cuales permiten determinar que el valor del denominador “Na” es igual a 3, de acuerdo con los fundamentos expuestos previamente.

3.2 La contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica prevista en el Contrato de Compartición

127. De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que existe un precio máximo establecido para el pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura y que el valor correspondiente al denominador “Na” en la fórmula de la Metodología es equivalente a tres (3). Siendo así,

²⁴ Así se señaló en los siguientes pronunciamientos emitidos por este Tribunal: Resolución N° 007-2018-TSC/OSIPTEL y Resolución N° 008-2018-TSC/OSIPTEL, ambas del 2 de abril de 2018, y la Resolución N° 009-2018-TSC/OSIPTEL del 10 de mayo de 2018.



corresponde evaluar si las pretensiones de la reclamación de AZTECA pueden ser amparadas.

128. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir, en tanto el monto pactado se habría calculado aplicando erróneamente la fórmula metodológica contenida en el Anexo 1 del Reglamento, pues al denominador “Na” se le habría atribuido un valor igual a uno (1), cuando en todos los casos debió tener un valor igual a tres (3).
129. De acuerdo con ello, a efectos de evaluar la citada pretensión de AZTECA, se requiere verificar los alcances de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición, es decir, verificar si los valores consignados en el referido contrato superan el precio máximo previsto por la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, teniendo en cuenta, particularmente, el valor asignado por las partes al denominador “Na”. Sobre el particular, el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición recoge los montos a los que equivalen los valores unitarios de la contraprestación mensual que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL²⁵.
130. En este sentido, el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición establece que a AZTECA le corresponde pagar mensualmente el importe que resulte de la multiplicación de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios previsto en el mismo Anexo.
131. Sin embargo, del citado anexo del Contrato de Compartición no se puede desprender directamente los valores que asignaron las partes a los componentes de la fórmula de la Metodología, en particular, el valor asignado al denominador “Na”, dado que únicamente se consigna un listado de los valores unitarios por tipo de infraestructura. Identificar aquellos valores resulta necesario para determinar si las partes vienen aplicando correctamente la Metodología o si, por el contrario, se ha superado el precio máximo establecido.
132. Ante ello, el CCO efectuó diversos requerimientos a las partes, a fin de obtener los referidos valores asignados a los componentes de la fórmula metodológica. Atendiendo a estos requerimientos, mediante escrito del 3 y 16 de diciembre de 2019, 23 de enero y 19 de febrero de 2020, AZTECA y ENEL afirmaron no contar con sustento técnico respecto de lo solicitado; no obstante, ambas partes coinciden que el pago de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura se realizó considerando que el valor de “Na” es equivalente a uno (1).
133. En tales términos, lo expuesto permite corroborar los argumentos de AZTECA respecto a que el valor asignado por las partes al denominador “Na” en el Contrato de Compartición fue efectivamente uno (1), pese a que, como se ha señalado en este pronunciamiento, este denominador es equivalente a tres (3).
134. En la medida que la pretensión principal de AZTECA consiste en que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución por contraprestación periódica que le correspondía pagar, resulta

²⁵ De conformidad con el folio 40 del Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI.



necesario previamente verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto.

135. Para tal efecto es necesario considerar todos los componentes de la fórmula prevista en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Es decir, la determinación de la contraprestación periódica máxima amerita reemplazar los valores de la infraestructura compartida por ENEL en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el **ANEXO A** de la presente resolución.
136. El resultado del cálculo permite mostrar que la determinación de la contraprestación periódica debía observar la existencia de cuatro mil trescientos veintiún (4 321) tipos de infraestructura eléctrica para el Contrato de Compartición. Al respecto, cabe agregar que del total de infraestructuras arrendadas, doscientas noventa y un (291) estructuras de baja tensión fueron arrendadas por ENEL a favor de otras empresas de telecomunicaciones, por lo que AZTECA compartía la misma infraestructura con hasta ocho empresas diferentes durante el periodo de reclamación.
137. Sin embargo, como se analizó en el apartado anterior, el denominador “Na” tiene un valor de tres (3), independientemente al número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. Por lo tanto, contrario a lo establecido por el CCO, este Tribunal considera que corresponde evaluar la contraprestación exigida por la totalidad de las infraestructuras, es decir de 4 321, a fin de determinar el cobro en exceso durante el periodo de la reclamación, indistintamente si respecto de las 291 estructuras se presentó más de un arrendatario.
138. La regulación eléctrica ofrece un valor por cada una de las infraestructuras, por lo que reemplazando valores e incluyendo la información restante de la fórmula, se puede afirmar que la contraprestación periódica que AZTECA debía pagar como precio máximo por el acceso y uso compartido de infraestructura asciende al importe de S/ 309 482,68, conforme se detalla en el **ANEXO A** que forma parte integrante de la presente resolución; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a S/ 2 152 587,06²⁶.
139. Este cálculo demuestra que la contraprestación periódica exigida y fijada en el Contrato de Compartición efectivamente excede la máxima retribución por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica que ENEL podía exigir a AZTECA, por lo que este Tribunal considera que corresponde revocar la Resolución Impugnada y declarar fundada la reclamación respecto a este extremo, quedando pendiente determinar si existe importe que deba ser devuelto.

3.3 Sobre la pretensión de devolución del importe cobrado en exceso

140. La pretensión accesoria planteada por AZTECA consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso como consecuencia de la aplicación incorrecta del valor del denominador “Na” en el Contrato de Compartición, durante el periodo de julio 2016 a julio de 2017²⁷. En la misma pretensión se solicita que, en caso no se acoja

²⁶ Este monto encuentra su sustento en las facturas señaladas por AZTECA en su escrito de reclamación del 23 de agosto de 2018.

²⁷ Según lo consignado en el numeral 4.2 de su escrito de reclamación en el que se sustenta el monto de devolución solicitado, AZTECA ha delimitado el objeto de su pretensión de devolución al periodo comprendido entre julio 2016 y julio de 2017.



el pedido devolución, se ordene que el referido monto se compense con los montos consignados en facturas que emitió o emitirá ENEL a AZTECA por el mismo concepto, de acuerdo con el siguiente texto:

“Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción de los Contratos de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato o, en su defecto se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá ENEL a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura.”²⁸

141. Para evaluar esta pretensión accesorio, se debe determinar previamente si existió un importe pagado en exceso por AZTECA. Ello implica evaluar los documentos aportados por esta empresa como sustento de los desembolsos efectuados en el periodo que es objeto de esta controversia, es decir, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición.
142. Por tanto, de verificarse que corresponde ordenarse la devolución de un monto pagado en exceso, este corresponde que sea asumido por ENEL, según el Contrato de Compartición.
143. En el **ANEXO B** se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a ENEL un importe total ascendente a S/ 2 152 587,06, cuando debió pagar el importe ascendente a S/ 309 482,68. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a S/ 1 843 104,38. No obstante, este importe es inferior a lo requerido por AZTECA como parte de su pretensión accesorio, pues solicitó la devolución de un monto ascendente a US\$ 595 126,93, equivalente a S/ 1 956 777,35 de acuerdo con el tipo de cambio vigente a la fecha de la presentación del reclamo²⁹.
144. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde estimar parcialmente el pedido de devolución al que se refiere AZTECA. En tal sentido, carece de objeto evaluar la pertinencia de disponer la compensación de dicho importe con los facturados posteriormente, dado que su evaluación se encontraba condicionada a la eventual desestimación del pedido de devolución.

3.4 Sobre la presunta existencia de infracción administrativa

145. Al haberse verificado que AZTECA y ENEL suscribieron un acuerdo fijando una contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura, superior al precio máximo establecido en el marco normativo, corresponde remitir la presente resolución al MTC y a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL para la adopción de las acciones que consideren pertinentes en el marco de sus competencias, teniendo en cuenta que, conforme a la tipificación establecida en el inciso b) del numeral 30.2 de la Ley de Banda Ancha, constituye infracción administrativa grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicable en el régimen de compartición de infraestructura.

²⁸ El texto corresponde a la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL del 22 de octubre de 2018, mediante el cual el CCO acoge la solicitud de Azteca de precisar su pretensión accesorio.

²⁹ La información sobre el tipo de cambio utilizado se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2018-8/2018-8/>



IV. PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

146. El artículo 91 del Reglamento de Solución de Controversias ha previsto que las resoluciones de las instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras que dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de acuerdo con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁰.
147. Al respecto, el artículo VI³¹ del Título Preliminar del TUO de la LPAG establece que los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada, y que dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en dicha norma³².

³⁰ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD/OSIPTTEL - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**

Artículo 91º.- Precedentes vinculantes. Las resoluciones de las instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras que dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de acuerdo con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...).

Asimismo, la instancia que las emite, ordenará la publicación de aquellas resoluciones que se consideren de importancia para proteger los derechos de los consumidores o de los competidores.

³¹ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo VI. - Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

(Énfasis añadido)

³² **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 23.- Régimen de publicación de actos administrativos

23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.1 En vía principal, tratándose de disposiciones de alcance general o aquellos actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido.

23.1.2 En vía subsidiaria a otras modalidades, tratándose de actos administrativos de carácter particular cuando la ley así lo exija, o la autoridad se encuentre frente a alguna de las siguientes circunstancias evidenciables e imputables al administrado: - Cuando resulte impracticable otra modalidad de notificación preferente por ignorarse el domicilio del administrado, pese a la indagación realizada. - Cuando se hubiese practicado infructuosamente cualquier otra modalidad, sea porque la persona a quien deba notificarse haya desaparecido, sea equivocado el domicilio aportado por el administrado o se encuentre en el extranjero sin haber dejado representante legal, pese al requerimiento efectuado a través del Consulado respectivo.

23.2 La publicación de un acto debe contener los mismos elementos previstos para la notificación señalados en este capítulo; pero en el caso de publicar varios actos con elementos comunes, se podrá proceder en forma conjunta con los aspectos coincidentes, especificándose solamente lo individual de cada acto.

(Énfasis añadido)

**“TÍTULO PRELIMINAR****(...)****Artículo VI. - Precedentes administrativos**

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”.

(Énfasis añadido)

148. Asimismo, el referido cuerpo legal dispone en el artículo V³³ de su Título Preliminar que los precedentes administrativos son fuente del procedimiento administrativo y se encuentran contenidos en aquellas resoluciones emitidas por la Administración que establecen criterios interpretativos de alcance general y que son debidamente publicadas. Estas decisiones agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
149. En virtud del marco legal previamente expuesto, este Tribunal considera que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el valor del denominador “Na” contenido en la Metodología, por lo que constituye precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía

33

DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**TÍTULO PRELIMINAR****Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo**

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1. Las disposiciones constitucionales.

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.

2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

2.10. Los principios generales del derecho administrativo.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.

(Énfasis añadido)



Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.

En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

HA RESUELTO:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo en que declaró fundada en parte la primera pretensión principal, fundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación respecto de 291 estructuras e infundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. respecto de 4 030 infraestructuras y, reformándolas, se declara FUNDADA la primera pretensión principal y FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de la primera pretensión principal, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR a Enel Distribución Perú S.A.A. la devolución del monto de S/ 1 843 104,38, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO: Disponer que, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y el artículo 91 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, la presente resolución constituye precedente administrativo de observancia obligatoria en cuanto establece lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.

En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

CUARTO: Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Asimismo, disponer la publicación de la presente resolución con sus anexos en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: <http://www.osiptel.gob.pe>).

QUINTO: ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines respectivos.

REGÍSTRESE, COMUNIQUESE Y PUBLÍQUESE. -

Con el voto favorable de los señores vocales: Eduardo Robert Melgar Córdova, Alejandro Martín Moscol Salinas, Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama y María Tessa Torres Sánchez.


Firmado digitalmente por: MELGAR
CORDOVA, Eduardo Robert FAU
20216072155.sof

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS



ANEXO A

IMPORTE MÁXIMO A PAGAR POR CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

- El objeto de la reclamación abarca el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición. Sin embargo, de su escrito de reclamación en el que se sustenta el monto de devolución solicitado, en concordancia con lo señalado por el CCO, se advierte que AZTECA delimitó el objeto de su pretensión de devolución al periodo de facturación comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017³⁴.
- De acuerdo con la información obrante en el expediente, ENEL puso a disposición de AZTECA 4,321 estructuras durante la relación de compartición correspondiente al Contrato de Compartición, las cuales se agrupan en ocho (8) tipos, respectivamente, en función a sus características, atendiendo a la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica³⁵. El número de infraestructuras se muestra a continuación:

Nº	Código	Tensión	Resumen Cantidades
1	EA060COUDS0-300-A2	AT	212
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	112
3	EMSU1P60C1	AT	371
4	PPC20	MT	1326
5	PPC24	MT	809
6	PPC35	BT	254
7	PPC38	BT	267
8	PPC40	BT	970

- El siguiente cuadro muestra la valorización de los ocho (8) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación:

Nº	Código	Descripción	Julio 2016 – Marzo 2017	Abril 2017- Julio 2017
1	EA060COUDS0-300-A2	1 Poste autoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$14,167.74	\$17,210.08
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$2,982.08	\$2,375.70
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$2,017.81	\$2,141.56
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$400.41	\$407.46
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$523.46	\$532.67
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$150.20	\$152.84
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$174.76	\$177.84
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$226.21	\$230.19

- A partir de esta información, es posible aplicar las variables de la fórmula contenida en la Metodología para obtener la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica para el despliegue de su red de telecomunicaciones. La aplicación de la fórmula, considerando que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), muestra los siguientes valores:

³⁴ Cabe precisar que mediante el escrito de reclamación del 23 de marzo de 2018, AZTECA indicó que solicitó la devolución de los montos que efectivamente pagó en exceso respecto de las facturas emitidas desde el mes de julio 2016 hasta julio 2017.

³⁵ La variable "TP" de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento es la que se refiere al costo de las torres o postes regulados del sector de energía. Conforme a ello, para obtener los valores de la infraestructura de ENEL en el periodo de reclamación, se tomó en cuenta la información de las resoluciones emitidas por el OSINERGMIN, que contienen la "Base de Datos de los Módulos Estándar de Inversión en Sistemas de Transmisión" y sus respectivas actualizaciones anuales.



Nº	Código	Descripción	Julio 2016- Marzo 2017	Abril 2017-Julio 2017
1	EA060COU0S0-300-A2	1 Poste autosoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$18.84	\$22.89
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$3.97	\$3.16
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$2.88	\$2.85
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$0.53	\$0.54
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$0.70	\$0.71
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$0.11	\$0.11
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$0.12	\$0.13
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$0.16	\$0.16

5. AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017 solo le correspondía pagar US\$ 57 172.18 por el acceso y uso compartido correspondiente al Contrato de Compartición. Por ese motivo, señaló que el importe que habría sido pagado en exceso por la aplicación incorrecta de la fórmula ascendería a la suma de US\$ 595 126.93 por el Contrato de Compartición. Sin embargo, teniendo en cuenta los valores del gráfico anterior, se puede determinar que el importe que le correspondía pagar a AZTECA en el periodo en discusión ascendía a la suma de US\$ 93 407.44 (S/ 309 482.68), como se aprecia a continuación:

Nº	Código	Descripción	Julio 2016 - Marzo 2017	Abril 2017 - Julio 2017
1	EA060COU0S0-300-A2	1 Poste autosoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$3,995.08	\$4,853.17
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$444.27	\$353.93
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$995.77	\$1,056.85
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$706.25	\$718.68
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$563.30	\$573.21
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$27.27	\$27.75
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$33.35	\$33.94
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$156.83	\$159.59
Total de los montos que debieron ser pagados por código			\$6,922.11	\$7,777.11
Total de los montos que debieron ser pagados por códigos y meses			\$ 62 298.99	\$31 108.44
Total de la contraprestación			\$ 93 407.44	

6. Es importante señalar que el importe de la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por cada tipo de infraestructura compartida por ENEL no es uniforme, dado que el valor de la infraestructura eléctrica varía en función a la actualización de la regulación eléctrica que aprueba OSINERGMIN anualmente³⁶.

* * *

³⁶ Para efectos de la verificar el valor de la infraestructura eléctrica en el periodo bajo evaluación se ha considerado lo dispuesto en las siguientes, resoluciones aprobadas por el OSINERGMIN y publicadas en el Diario Oficial "El Peruano": (i) Resolución N° 063-2016-OS/CD, publicada el 1 de abril de 2016 y, (ii) Resolución N° 047-2017-OS/CD, publicada el 31 de marzo de 2017.



ANEXO B

IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN

1. De acuerdo con la reclamación, AZTECA indicó que pagó a ENEL el importe total ascendente a S/ 2 152 587.06, que según el tipo de cambio aplicado por la empresa operadora equivale a \$ 652 299.11 (sin IGV), en el periodo comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017. El siguiente cuadro, que se sustenta en la información remitida por la propia reclamante³⁷, resume la generación de estos pagos:

PAGOS A ENEL SEGUN RECLAMACION DE AZTECA

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (US\$) T.C. S/3.30
jul-16	F411-00000723	165,583.62	50,176.85
ago-16	F411-00000777	165,583.62	50,176.85
sep-16	F411-00000827	165,583.62	50,176.85
oct-16	F411-00000866	165,583.62	50,176.85
nov-16	F411-00000910	165,583.62	50,176.85
dic-16	F411-00000970	165,583.62	50,176.85
ene-17	F411-00001033	165,583.62	50,176.85
feb-17	F411-00001082	165,583.62	50,176.85
mar-17	F411-00001125	165,583.62	50,176.85
abr-17	F411-00001175	165,583.62	50,176.85
may-17	F411-00001245	165,583.62	50,176.85
jun-17	F411-00001305	165,583.62	50,176.85
jul-17	F411-00001350	165,583.62	50,176.85
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06	US\$ 652,299.11

2. No obstante, se advierte que, entre julio de 2016 y julio de 2017, AZTECA pagó a ENEL en la moneda peruana, es decir, en soles (S/), y al efectuar el cambio a dólares (US\$) en su escrito de reclamación utilizó un tipo de cambio equivalente a S/ 3.30, cuando el tipo de cambio utilizado para el periodo mencionado fue distinto³⁸. Siendo así, el siguiente cuadro sustentado en la información remitida por la propia reclamante durante todo el procedimiento resume la generación de estos pagos, así como el monto total en dólares pagado por AZTECA en el periodo materia de evaluación, tras efectuar la conversión de moneda conforme a los tipos de cambio correspondientes:

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)
jul-16	F411-00000723	165,583.62
ago-16	F411-00000777	165,583.62
sep-16	F411-00000827	165,583.62
oct-16	F411-00000866	165,583.62
nov-16	F411-00000910	165,583.62

³⁷ Folio 19 del Expediente 008-2008-CCO-ST/CI.

³⁸ La información sobre el tipo de cambio utilizado se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2016-7/2017-7/>



dic-16	F411-00000970	165,583.62
ene-17	F411-00001033	165,583.62
feb-17	F411-00001082	165,583.62
mar-17	F411-00001125	165,583.62
abr-17	F411-00001175	165,583.62
may-17	F411-00001245	165,583.62
jun-17	F411-00001305	165,583.62
jul-17	F411-00001350	165,583.62
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06

- Para acreditar esta pretensión, AZTECA ha adjuntado documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por ENEL.
- Sin perjuicio de la anterior aclaración, se debe tener en cuenta que, si bien AZTECA planteó su pretensión accesoria en dólares (USD), las facturas y constancias de pago aportadas por la referida empresa como medios probatorios que sustentan dicha pretensión se encuentran consignados en soles (PEN), por lo que este Tribunal considera que la devolución debe calcularse en la misma moneda.
- Como se ha determinado en el **ANEXO A**, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a S/ 309 482.68. Sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de S/ 2,152 587.06. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de S/ 1'843,104.38, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)	Contraprestación calculada por el TSC (SIN IGV) (S/)	Monto que debe ser devuelto por ENEL (SIN IGV) (S/)
jul-16	F411-00000723	165,583.62	22,836.05	142,747.57
ago-16	F411-00000777	165,583.62	23,071.40	142,512.22
sep-16	F411-00000827	165,583.62	23,410.58	142,173.04
oct-16	F411-00000866	165,583.62	23,438.27	142,145.35
nov-16	F411-00000910	165,583.62	23,555.95	142,027.67
dic-16	F411-00000970	165,583.62	23,500.57	142,083.05
ene-17	F411-00001033	165,583.62	23,119.86	142,463.76
feb-17	F411-00001082	165,583.62	22,566.09	143,017.53
mar-17	F411-00001125	165,583.62	22,593.78	142,989.84
abr-17	F411-00001175	165,583.62	25,252.26	140,331.36
may-17	F411-00001245	165,583.62	25,454.47	140,129.15
jun-17	F411-00001305	165,583.62	25,415.58	140,168.04
jul-17	F411-00001350	165,583.62	25,267.82	140,315.80
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06	S/ 309,482.68	S/ 1'843,104.38

- No obstante, AZTECA solicitó como pretensión accesoria que se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595 126.93. Por tanto, se puede apreciar que el importe que AZTECA pagó en exceso S/ 1,843 104.38 (US\$ 556 076.35) es menor el importe que solicita le sea devuelto en su pretensión accesoria (US\$ 595 126.93 equivalente a S/ 1'956,777.35 de acuerdo con el tipo de cambio vigente a la fecha de la presentación del reclamo).
