

INFORME**N° 00189-GPRC/2018****Página 1 de 17**

| | | |
|-------------------|---|---|
| A | : | GERENCIA GENERAL |
| ASUNTO | : | RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ELECTRO SURESTE S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 143-2018-CD/OSIPTEL |
| REFERENCIA | : | EXPEDIENTE N° 00002-2018-CD-GPRC/MC |
| FECHA | : | 21 de agosto de 2018 |

| | Cargo | Nombre |
|-----------------------|---|-----------------------|
| ELABORADO POR: | ANALISTA DE POLÍTICAS REGULATORIAS | JORGE HUAMAN SÁNCHEZ |
| | COORDINADOR DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD | JOSÉ ROMERO ALCALDE |
| REVISADO POR: | SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD | TATIANA PICCINI ANTON |
| APROBADO POR: | GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA | LENNIN QUIZO CÓRDOVA |

INFORME**N° 00189-GPRC/2018****Página 2 de 17****1. OBJETO.**

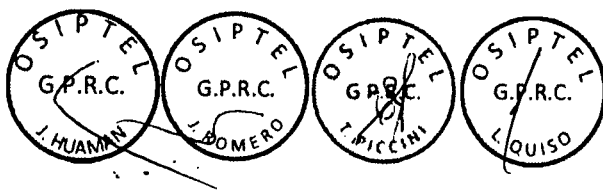
El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELSE), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 143-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00002-2018-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) y ELSE, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 03 de marzo de 2015 (en adelante, el Contrato).

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta DJ-1237/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a ELSE que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ELSE el 3 de marzo de 2015, se adecuara 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-MTC¹, considerando: (i) la modificación de las variables "l" y "m" realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura.
- 2.2 Mediante carta DJ-165/18 recibida el 19 de enero de 2018, AZTECA solicita al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ELSE el 3 de marzo de 2015.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 143-2018-CD/OSIPTEL de fecha 19 de junio de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de junio de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a ELSE y AZTECA el 25 de junio de 2018, mediante las cartas C.00441-GCC/2018 y C.00442-GCC/2018, respectivamente.
- 2.4 Mediante Escrito N° 8, recibido con fecha 16 de julio de 2018, ELSE interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.

¹ "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."





MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
 FEDATARIA
 Organismo Supervisor de Inversión
 Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
 Reg. N° 014 Fecha: 23 AGO 2019

INFORME

N° 00189-GPRC/2018

Página 3 de 17

- 2.5 Mediante carta C.00488-GPRC/2018 recibida con fecha 25 de julio de 2018, se corrió traslado a AZTECA del recurso de reconsideración interpuesto por ELSE, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
- 2.6 Mediante carta DJ-1425/18 recibida con fecha 2 de agosto de 2018, AZTECA remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por ELSE.
- 2.7 Mediante carta C.00516-GPRC/2018, recibida con fecha 10 de agosto de 2018, se corrió traslado a ELSE de los comentarios de AZTECA respecto de su recurso de reconsideración.

3. PROCEDENCIA Y PRETENSIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

ELSE ha interpuesto un recurso de reconsideración el 16 de julio de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 143-2018-CD/OSIPTEL, efectuada el 25 de junio de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por ELSE como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTEL² y el trámite que este Organismo Regulador brinda a los recursos que interponen los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

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

En cuanto a la pretensión planteada por ELSE, solicita al Consejo Directivo anule el Mandato de Participación en todos sus extremos y por tanto la solicitud presentada por AZTECA sea rechazada.

² Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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



INFORME

N° 00189-GPRC/2018

Página 4 de 17

4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

4.1. Inaplicabilidad de la Ley N° 28295 y de otro régimen de acceso y uso de infraestructura en el Mandato de Compartición.

ELSE cuestiona que se haya aplicado la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto, en el cual la única norma aplicable debe ser la Ley N° 29904. Considera que es erróneo que el OSIPTEL sostenga que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (en adelante, el Reglamento de la Ley N° 29904) sea aplicable (i) para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones, sin distinguirse que sean relacionadas con la construcción y operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO); y/o (ii) 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, extendiendo la aplicación de la Ley N° 29904 a proyectos distintos que no estén destinados a la provisión de servicios de banda ancha.

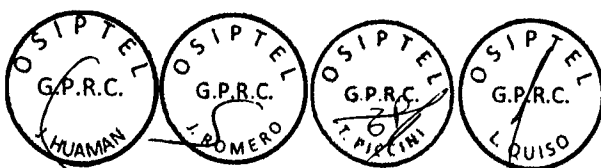
ELSE cuestiona la inobservancia del OSIPTEL del principio de "*Ley especial prima sobre ley general*", cuando se ha determinado que la Ley N° 29904 tiene que cumplir con los "principios económicos" de la Ley N° 28295, cuando más bien aquella configura un marco especial aplicable únicamente a los casos de provisión del servicio de banda ancha. La Ley N° 29904 establece reglas propias y especiales aplicables a la relación de compartición para servicios de banda ancha (ley especial desplaza a otras leyes generales), sin la necesidad de recurrir a otros marcos normativos.

Así también, ELSE manifiesta que, de una revisión de los regímenes de compartición actualmente vigentes (Ley N° 28295, Ley N° 29904 y Decreto Legislativo N° 1019), se puede advertir que cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación propio. Así pues, existen hasta tres regímenes distintos de compartición de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Señala que el primero de ellos se encuentra regulado por la Ley N° 28295 y su Reglamento (indebidamente aplicado por el Consejo Directivo), los cuales regulan el acceso y uso compartido a las infraestructuras de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones³. Precisa que los servicios de banda ancha no califican como un servicio público de telecomunicaciones y, en tal sentido este régimen no le resulta aplicable.

ELSE manifiesta que un segundo régimen de compartición lo encontramos en el Decreto Legislativo N° 1019, aplicable a los casos de acceso y compartición de infraestructura

³ Véanse los artículos 2 y 4 de la Ley N° 28295 que regulan el objeto y el ámbito de aplicación de esta Ley, respectivamente.



INFORME

 N° 00189-GPRC/2018
 Página 5 de 17

de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que hayan sido previamente declarados como "Proveedor Importante" por el OSIPTEL. Indica que éste, evidentemente, no es el caso de ELSE ni el de AZTECA, siendo que ninguno ha sido calificado por el OSIPTEL como un "Proveedor Importante" de servicios de telecomunicaciones y ELSE no presta servicios de telecomunicaciones.

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

Por último, ELSE solicita al OSIPTEL pronunciarse sobre este extremo y señalar claramente que los operadores de telecomunicaciones no podrán solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con ELSE y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904. Señala que permitir lo contrario significará distorsionar aún más el mercado y beneficiar injustamente a una empresa por encima de otras.

Sobre los aspectos cuestionados por ELSE, como primer punto es oportuno precisar que en el literal b) del numeral 4.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018 –en el que se sustenta el Mandato de Compartición-, se desarrolla el alcance del acceso y uso compartido de infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904, del cual deriva que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es aplicable no sólo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones.

Igualmente, el derecho de acceso y uso de los operadores de telecomunicaciones que despliegan redes de Banda Ancha respecto de la infraestructura eléctrica, ha sido debidamente analizado en el referido Informe N° 00136-GPRC/2018 (4.2 y en párrafos precedentes) de manera específica y exclusivamente bajo la luz de las disposiciones citadas de la Ley N° 29904; por lo cual, carece de fundamento el cuestionamiento de ELSE cuando indica que se estaría realizando una incorrecta aplicación de la Ley N° 28295 a supuestos de hecho regulados por la Ley N° 29904 o a la inversa.

En ese contexto, dichos fundamentos del informe en alusión son ratificados, siendo correcta la base legal que ahí se indica como sustento de la posición del OSIPTEL, esto es, el artículo 13 de la Ley N° 29904, los artículos 3.1 (definiciones de "Operadores de Telecomunicaciones" y "Operador Dorsal") y 25 de su Reglamento.





MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
 FEDATARIA
 Organismo Supervisor de Inversión
 Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
 Reg. N° 219 Fecha: 20... 00: 2018

INFORME

N° 00189-GPRC/2018
 Página 6 de 17

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

En ese sentido, las redes de telecomunicaciones que pueden ser desplegadas en la infraestructura eléctrica bajo el marco de la Ley N° 29904, son aquellas necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil. A estos efectos, debe tenerse presente que Banda Ancha, para el ámbito de la Ley N° 29904, tiene la siguiente definición⁴ “conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.”

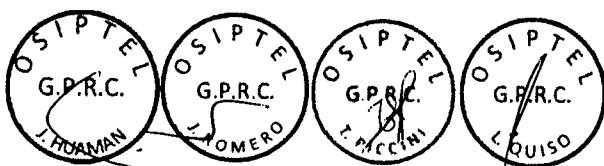
En ese sentido, la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha dispuesta por la Ley N° 29904, no se encuentra restringida a las redes que reciban financiamiento del Estado, sino que se refiere a cualquier red que permita la provisión de Banda Ancha,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

En cuanto a la supuesta inobservancia del OSIPTEL del principio de “Ley especial prima sobre ley general” en el tratamiento de la Ley 29904 y la Ley 28295, se debe precisar que la aplicación del Principio de Especialidad se efectúa en ámbitos específicos en los cuales se evidencia un conflicto normativo, esto es, cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto de modo incompatible entre sí. Este supuesto no se ha evidenciado en la aplicación de las disposiciones de ambas leyes. Antes bien, lo que se advierte en el Informe de Sustento es la complementariedad de ambas leyes, en la medida que ambos regímenes protegen la competencia, la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final.

En consecuencia, al no haberse producido en la aplicación de las disposiciones que se invocan en el Informe de Sustento del Mandato de Compartición, supuesto alguno de incompatibilidad entre dichas disposiciones, no existe conflicto normativo y por tanto, no se requiere recurrir a la aplicación del Principio de Especialidad. Por estas consideraciones, quedan desestimados los argumentos de ELSE en este extremo.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de ELSE para que el OSIPTEL se pronuncie en este procedimiento respecto a que los operadores de telecomunicaciones –distintos de AZTECA- no pueden solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con ELSE y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904; se debe señalar que

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



INFORME
N° 00189-GPRC/2018
Página 7 de 17

dicha solicitud no corresponde al ámbito del presente procedimiento, que se encuentra acotado específicamente a la solicitud de AZTECA dirigida a ELSE en fecha 21 de agosto de 2017, para modificar las condiciones económicas de su relación de compartición creada mediante el Contrato, solicitud que derivó en el presente procedimiento de mandato ante la falta de acuerdo entre las partes. Cualquier otra solicitud, será analizada en la oportunidad y procedimiento que corresponda conforme al marco normativo aplicable.

Se enfatiza además que la actuación del OSIPTEL cumple con el principio de legalidad, como se observa del marco legal que respalda su posición y que, pese a haber sido claramente expuesto en el literal b) del numeral 4.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018, no ha recibido comentario específico alguno por parte de ELSE, quien se ha limitado a señalar que el OSIPTEL estaría en un "error" o que su criterio sería "inaceptable" sin indicar base legal alguna que respalde sus alegaciones.

En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas en los párrafos previos de la presente sección, los argumentos presentados por ELSE deben ser desestimados.

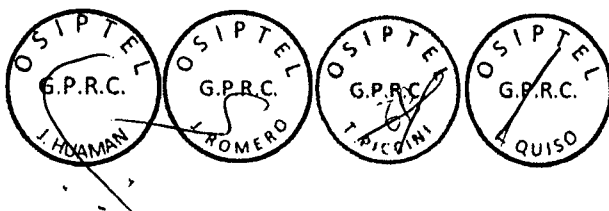
4.2. Es improcedente dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato de acceso y uso de Infraestructura previamente celebrado con AZTECA.

ELSE indica que el OSIPTEL, a lo largo del Informe N° 00136-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición ha omitido analizar que el artículo 62 de la Constitución señala que el contrato no puede ser modificado ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, como los eventuales mandatos que dicte el OSIPTEL, y que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Indica que solo habría argumentado que la libertad contractual se sujeta también a los límites que señala el régimen económico de la Constitución, entre ellos la legalidad.

Al respecto, se debe aclarar que en el citado Informe N° 00136-GPRC/2018 el artículo 62 de la Constitución y su aplicación en el presente procedimiento, han sido ampliamente analizados en la sección 4.2, al cual nos remitimos y reiteramos respecto de lo señalado en el recurso de reconsideración. En el referido acápite, se analizan los comentarios presentados por la partes al Proyecto de Mandato.

Cabe precisar que la serie de argumentos jurídicos y fácticos expuestos en el referido acápite 4.2. del Informe N° 00136-GPRC/2018, han sido cuestionados por ELSE única y exclusivamente señalando que es falso que el Contrato no haya observado adecuadamente la Metodología, por cuanto las partes entendieron que el factor "Na" fue 1 para ambas partes.

Por otro lado, ELSE hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (en adelante, DGRAIC-MTC), donde se señala que el valor de "Na" es igual a "1" y, por ende, el



INFORME**N° 00189-GPRC/2018****Página 8 de 17**

OSIPTEL como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC.

Al respecto, se debe precisar, en primer lugar, que lo mencionado por la DGRAIC-MTC en su Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, respecto del supuesto valor que debe asumir la variable "Na" de la Metodología; difiere de la posición expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la RVM N° 768. En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017 -presentado por AZTECA con su solicitud de mandato-, se observa que el Viceministerio de Comunicaciones indicó lo siguiente respecto del valor del parámetro Na:

"(...)

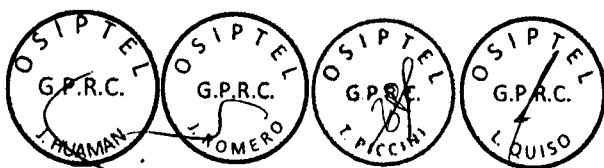
Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor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

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

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

Ahora bien, es preciso enfatizar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la participación obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica, incluso si ello implicara adoptar un criterio que difiriera del de la DGRAIC-MTC, por cuanto debe ejercer el encargo legal antes señalado conforme al marco normativo aplicable. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato se ha analizado los fundamentos de la Metodología como aspecto necesario para dictar el Mandato de Participación en los términos indicados en el Informe N° 00136-GPRC/2018, según se detallará en párrafos subsiguientes.

De otro lado, considerando que ELSE, por el contenido de su recurso de reconsideración, no habría entendido lo señalado en los acápites 4.1 y 4.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018, se le explica que la mención al artículo 1351 del Código Civil es en cuanto éste define el concepto legal de "contrato" y éste concepto es exactamente el mismo que se emplea en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 y en el presente procedimiento. En el transcurso de este procedimiento, ELSE ha pretendido



| | |
|----------------|--|
| INFORME | N° 00189-GPRC/2018 Página 9 de 17 |
|----------------|--|

entender que un contrato no es lo que la ley establece lo que es y que un contrato no puede modificar, regular ni extinguir relaciones jurídicas de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904 y que, ante la falta de acuerdo para celebrar un contrato, la parte respectiva no tiene el derecho de solicitar la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato como lo dispone el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904; sin embargo, las razones por las cuales el OSIPTEL no acoge el errado entendimiento de ELSE, han sido analizadas a detalle en el precitado Informe N° 00136-GPRC/2018.

Finalmente, en cuanto a los argumentos expuestos por ELSE respecto de la improcedencia de dictar un mandato cuando existe un contrato y que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso, son similares a los argumentos presentados al comentar el Proyecto de Mandato y que fueron detalladamente analizados en el acápite 4.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018. En tanto los fundamentos fácticos y jurídicos del referido acápite no han sido cuestionados por ELSE de manera puntual, se reiteran en todos sus extremos en respuesta a lo señalado en los extremos bajo análisis del recurso de reconsideración.

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

De otro lado, ELSE sostiene en su Escrito recibido que el OSIPTEL carece de competencia para modificar dicho acuerdo. Al respecto, se reitera lo señalado en los acápites 4.1 y 4.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018, en donde se indica la base jurídica que habilita la intervención del OSIPTEL para modificar las relaciones de compartición de infraestructura creadas mediante un contrato sujeto a la Ley N° 29904, base jurídica que ELSE ha persistido en obviar al presentar su posición y comentarios en el presente procedimiento.

En específico, ELSE insiste en sostener su equivocada interpretación del artículo 62 de la Constitución, no obstante que el OSIPTEL ha explicado con detalle en el precitado Informe N° 00136-GPRC/2018, que dicho artículo ha sido desarrollado legislativamente y ponderado por el Congreso de la República para que su aplicación sea coherente con los artículos 58 y 119 de la Constitución (v.g. actuación del Estado en materia de servicios públicos), en particular, en el ámbito de la compartición de infraestructura eléctrica para la masificación de las redes y servicios de Banda Ancha. Esta materia se encuentra sujeta a normativa especial como es el caso de la Ley N° 29904, que claramente se sustenta en los fines de interés general declarados en sus artículos 1, 2 y 3. No obstante, ELSE viene reiterando sus cuestionamientos sin hacer mención alguna a los fundamentos expuestos por el regulador; por lo cual, no corresponde realizar mayores comentarios y nos remitimos a lo señalado anteriormente.

Finalmente, se reitera que el Mandato de Compartición se encuentra referido de manera específica a la solicitud de AZTECA formulada a ELSE en agosto de 2017, para adecuar



INFORME
N° 00189-GPRC/2018
Página 10 de 17

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

En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas en los párrafos previos de la presente sección, los argumentos presentados por ELSE deben ser desestimados.

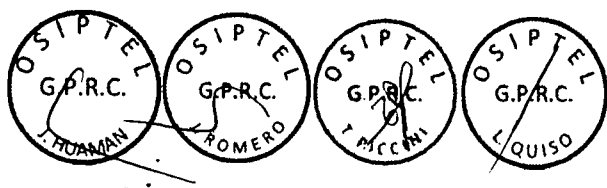
4.3. El Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso y para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

ELSE manifiesta que carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que en el Mandato de Compartición se haya modificado dicha variable cuando un Decreto Supremo fija el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

En primer término, se debe aclarar que en el Mandato de Compartición no se "modifica" la variable "Na"; en modo distinto, y tal como se observa en el Informe N° 00136-GPRC/2018, al aplicar la Metodología respecto de la infraestructura eléctrica de ELSE para la relación de compartición que mantiene con AZTECA, del análisis realizado se concluye que el valor del referido parámetro debe ser igual a tres (3) para mantener la consistencia de dicha Metodología y remunerar de manera exacta los sobrecostos (además del margen de utilidad razonable) que se generan en dicha infraestructura con la operación de un (1) cable de comunicaciones.

La referida posición ha sido detallada en los acápites 4.3.1 y 4.3.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018, a los cuales nos remitimos para absolver los argumentos expuestos por ELSE en su recurso de reconsideración. Asimismo, de manera complementaria, considerando que en dicho recurso se hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 de la DGRAIC-MTC, que señala que el valor del parámetro "Na" corresponde al "número efectivo de arrendatarios", resulta pertinente señalar lo siguiente.

En los proyectos normativos que precedieron a la RVM N° 768, el MTC planteó: (a) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (febrero 2017), un valor de "r" = 5,8%, y (b) en el proyecto publicado por la antes citada



29 ABR 2018

INFORME

 N° 00189-GPRC/2018
 Página 11 de 17

Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 (julio del 2017), un valor de " f " = 6,1%. En ambos casos, la construcción metodológica consideró para el cálculo de la variable " f " = 6.1%, la instalación de un (1) único cable de comunicaciones. En efecto, en la página 9 del Informe N° 256-2017-MTC/26, publicado en su integridad en la página web del MTC⁵, que sustentó la propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, textualmente indicó lo siguiente:

"(...)

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

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

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

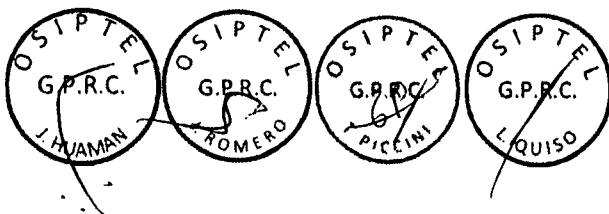
**CUADRO N° 01:
COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO "f"**

| PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN | | NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN |
|--|---|--|
| PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03) | PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03) | APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03) |
| El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación | El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación | El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación |
| Valor de " f " = 5,8% (para media y alta) | Valor de " f " = 6,1% (para media y alta) | Valor de " f " = 18,3% (para media y alta) |
| Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) | Resultado del ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) | Resultado de multiplicar por 3 , el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) |

⁵ Documento publicado en el siguiente enlace:

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

Fecha de revisión: 29 de mayo de 2018.



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

En ese sentido, la Metodología en vigor, fija el parámetro "f" = 18,3% considerando la instalación de tres (3) cables de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico y el incremento porcentual de los costos que se generan para el titular de dicha infraestructura al instalar en ésta los tres (3) cables antes indicados. Por consiguiente, si un arrendatario solo tiene un (1) cable de comunicación, el sobrecosto que genera y que debe remunerar al concesionario eléctrico es el que corresponde a su respectivo cable, esto es, la tercera parte de 18,3%. En esa línea, a continuación se muestran los valores de retribución mensual que corresponderían a cada valor del parámetro "f", para cada uno de los tres momentos referidos anteriormente:

CUADRO N° 02:
COMPARATIVO DE LOS VALORES DE RETRIBUCIÓN MENSUAL

| PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN | | NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN | |
|--|--|---|---|
| PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03) | PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03) | APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03) | APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03) |
| Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN | | Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN | |
| VALOR DE "f" = 5,8% (para media y alta) | | VALOR DE "f" = 6,1% (para media y alta) | |
| "Na" = 1 | | "Na" = 1 | |
| Retribución mensual (US\$, sin IGV) | | Retribución mensual (US\$, sin IGV) | |
| PPC06 | 0,14 | PPC06 | 0,14 |
| PPC17 | 0,48 | PPC17 | 0,45 |
| TA060SIR2D1C2250A-3 | 13,75 | TA060SIR2D1C2250A-3 | 13,10 |
| TA138SIR2D1C2315A-3 | 17,82 | TA138SIR2D1C2315A-3 | 16,97 |





MARIA MILAGROS AUGUSTO SHAW
 FEDATARIA
 Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
 Reg. N° Fecha: 23/03/2018

| | |
|----------------|---|
| INFORME | N° 00189-GPRC/2018 Página 13 de 17 |
|----------------|---|

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

De esta manera, se puede evidenciar que el MTC a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03 cursado por el Viceministro de Comunicaciones (citado en párrafos precedente), quien suscribe la modificatoria, es consistente con este segundo momento señalado, es decir, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro “f” = 18,3%, en el que el pronunciamiento del MTC es que corresponde considerar un valor del “Na” igual a tres (03). Asimismo, se obtiene los mismos valores de retribución mensual, considerando tanto el valor del parámetro “f” señalado en el último proyecto para comentarios y dicho valor señalado en la norma aprobada, considerando la posición final del MTC y el análisis del OSIPTEL respecto del valor de la variable “Na”.

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

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



INFORME
N° 00189-GPRC/2018
Página 14 de 17

por contravenir la regla de remuneración de costos y margen de utilidad razonable de la Ley N° 29904 antes citada.

En esa línea, aceptar la posibilidad que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico sea constante como resultado de la aplicación de la Metodología -esto es, una cantidad desvinculada de la cantidad de cables de comunicación instalados-, implicaría también aceptar que un arrendatario remunere costos que no ha generado, es decir, que remunere costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la Ley N° 29904, que tiene por finalidad promover la masificación de la Banda Ancha en el país, no avala en ninguna de sus disposiciones que los concesionarios eléctricos puedan obtener ingresos injustificados y que impliquen sobrecostos para los operadores de telecomunicaciones, que se trasladarán a los mercados finales encareciendo o limitando el acceso a la Banda Ancha, estando ello en contrasentido con la finalidad y objeto de la Ley N° 29904. Cabe señalar, adicionalmente, que las inconsistencias con la Metodología que trae consigo la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26, no se observan en la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del "número de arrendatarios efectivo" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

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

En ese sentido, por lo señalado en los acápites 4.3.1 y 4.3.2 del Informe N° 00136-GPRC/2018, así como en los párrafos precedentes del presente Informe, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación establecida en estricta observancia de la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como en este caso, a través de la emisión de un Mandato de Compartición, considerando las modificatorias a dicho Anexo 1 referida anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ELSE y AZTECA.



INFORME**N° 00189-GPRC/2018****Página 15 de 17**

Asimismo, al momento de la firma del Contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), en salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas en los párrafos previos de la presente sección, los argumentos presentados por ELSE deben ser desestimados.

5. POSICIÓN DE AZTECA RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ELSE.

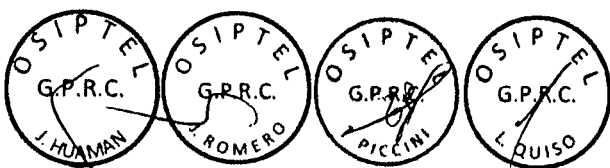
AZTECA ha respondido a los cuestionamientos efectuados por ELSE mediante su recurso impugnatorio, contradiciéndolos en todos sus extremos. Los aspectos principales de la posición de AZTECA (referidos específicamente al Mandato de Compartición) se resumen a continuación:

5.1. El Contrato no es inmutable.

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

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

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



INFORME

 N° 00189-GPRC/2018
 Página 16 de 17

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

AZTECA manifiesta que, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su 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.

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

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

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

AZTECA considera que las Leyes N° 28295 y N° 29904 tienen finalidades complementarias, por lo que deben leerse en conjunto, así como los criterios fijados deber ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Así pues, contrariamente a lo que manifestó ELSE, señala que no existen motivos por los que ambas normas que regulan la compartición de infraestructura para el despliegue de redes no pueda leerse en conjunto. Por el contrario, se ha podido demostrar que son normas que resguardan el mismo interés público.

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

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





MARIA M LAGROS AUGUSTO SHAW
 FEDATARIA
 Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
 Reg. N° 1214 Fecha 23/01/13

| | |
|----------------|---|
| INFORME | N° 00189-GPRC/2018 Página 17 de 17 |
|----------------|---|

2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM.

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

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

6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por ELSE, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 143-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,


LENNIN QUISO CÓRDOVA
 GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA

