
	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 173

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON ELECTRO DUNAS S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE Nº 00011-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	27 DE MARZO DE 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solís
	Asistente de Seguimiento de Mercados	Henry Cisneros
REVISADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Romero Alcalde
	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini Anton
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lenin Quiso

	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 171

## 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 Electro Dunas S.A.A. (en adelante, ELECTRO DUNAS) que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 17 de diciembre de 2014.

## 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 o Ley N° 29904)<sup>1</sup> declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO o Red Dorsal) 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-MTC<sup>2</sup> 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 ELECTRO DUNAS el 17 de diciembre de 2014 (en adelante, el Contrato o el Contrato de Compartición).
- 2.4 Mediante carta DJ-1249/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ELECTRO DUNAS que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el contrato 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-MTC<sup>3</sup>, considerando: (i) la modificación de las

<sup>1</sup> Vigente desde julio del año 2012.

<sup>2</sup> Emitido en noviembre del año 2013.

<sup>3</sup> Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos.



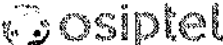
	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 3 de 171
	INFORME	

variables "f" y "m" realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura.

- 2.5 Mediante carta N° GL-089-2017 recibida el 28 de setiembre de 2017, ELECTRO DUNAS manifestó que corresponde realizar el recalcu de los valores unitarios de la retribución prevista en el contrato, considerando el nuevo valor de las variables "m" y "f", en cumplimiento de la Resolución Vice Ministerial N° 768. Respecto al valor del "Na" solicita el sustento legal y jurídico por el que consideran que la Resolución Vice Ministerial ha modificado la variable "Na", de modo que deba considerarse un valor igual a tres (3) y el sustento técnico para considerar el referido valor.
- 2.6 Mediante carta DJ-1553/17 recibida el 17 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ reiteró a ELECTRO DUNAS que para el cálculo del precio máximo de la contraprestación que prevé el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, necesariamente debe asignarse un valor de tres (3) al denominador "Na" previsto en la metodología. Asimismo, devolvió una factura indicando que los montos no respetaban el precio máximo legal que resulta de la correcta aplicación de la metodología.
- 2.7 Mediante escrito recibido con fecha 17 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ELECTRO DUNAS el 17 de diciembre de 2014.
- 2.8 Mediante carta C.00580-GPRC/2017, recibida con fecha 23 de octubre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a ELECTRO DUNAS de la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura realizada 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 solicitó información respecto de la infraestructura eléctrica (postes y/o torres) que ELECTRO DUNAS viene alquilando a AZTECA PERÚ.
- 2.9 Mediante escrito recibido el 24 de octubre de 2017, ELECTRO DUNAS solicitó al OSIPTEL la ampliación del plazo para remitir sus comentarios y la información técnica solicitada.
- 2.10 Mediante carta C.00593-GPRC/2017 recibida el 26 de octubre de 2017, el OSIPTEL otorgó a ELECTRO DUNAS la ampliación de plazo solicitado, a

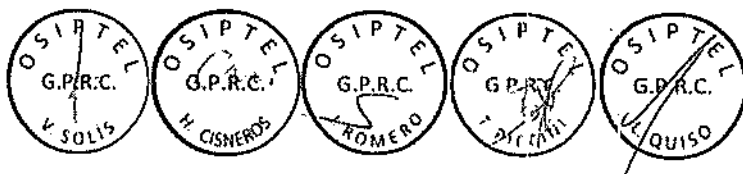
(...) 30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un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




	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 171

efectos de que cumpla con remitir sus comentarios y la información técnica solicitada hasta el 14 de noviembre de 2017.

- 2.11 Mediante escrito recibido el 14 de noviembre de 2017, ELECTRO DUNAS presentó su posición respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ, así como la información técnica solicitada.
- 2.12 Mediante carta C.00639-GPRC/2017 recibida el 22 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la posición expresada por ELECTRO DUNAS en su escrito recibido el 14 de noviembre de 2017 y le solicitó que presente comentarios respecto del mismo, en un plazo de diez (10) días hábiles.
- 2.13 Mediante escrito recibido el 24 de noviembre de 2017, ELECTRO DUNAS solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL que le conceda el uso de la palabra a fin de exponer su posición en el presente procedimiento.
- 2.14 Mediante escrito recibido el 06 de diciembre de 2017, AZTECA PERÚ presentó al OSIPTEL la absolución de la posición expresada por ELECTRO DUNAS en su escrito recibido el 22 de noviembre de 2017.
- 2.15 Mediante carta C.00687-GPRC/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a ELECTRO DUNAS del escrito presentado por AZTECA PERÚ el 06 de diciembre de 2017, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.16 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 166-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 21 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 mediante cartas C.00631-GCC/2017 y C.00632-GCC/2017 el 27 de diciembre de 2017 a la empresa AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, respectivamente.
- 2.17 Mediante carta C.00035-GPRC/2018 recibida el 23 de enero de 2018, el OSIPTEL solicitó a ELECTRO DUNAS completar la información técnica remitida mediante escrito recibido el 14 de noviembre de 2017.
- 2.18 Mediante Escrito 05 recibido el 30 de enero de 2018, ELECTRO DUNAS absolvió las observaciones formulas por el OSIPTEL mediante carta C.00035-GPRC/2018. Dicho escrito se corrió traslado a AZTECA PERÚ mediante carta C.00053-GPRC/2018 recibida el 06 de febrero de 2018.
- 2.19 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 017-2018-CD/OSIPTEL de fecha 25 de enero de 2018 se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, otorgándose un plazo



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018 Página: 5 de 171
	INFORME	

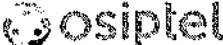
de veinte (20) días calendario para que ambas empresas remitan sus respectivos comentarios al referido Proyecto de Mandato. La citada resolución fue notificada a las empresas ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ, mediante cartas C.00056-GCC/2018 recibida el 29 de enero de 2018 y C.00057-GCC/2018 recibida el 30 de enero de 2018, respectivamente.

- 2.20 Mediante carta DJ-357/18 recibida el 16 de febrero de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios al Proyecto de Mandato. Dicha carta se corrió traslado a ELECTRO DUNAS mediante carta C.00141-GPRC/2018 recibida el 22 de febrero de 2018, para que en un plazo de siete (07) días hábiles remita los comentarios que considere pertinente.
- 2.21 Mediante carta C.00156-GPRC/2018 recibida el 02 de marzo de 2018, el OSIPTEL remitió a ELECTRO DUNAS el informe denominado "Análisis económico sobre remuneraciones por acceso y uso de: Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de Macroconsult", en atención a los solicitado por AZTECA PERÚ para que dicho informe sea tomado en cuenta en todos los procedimientos seguidos ante el Consejo Directivo.
- 2.22 Mediante Escrito Nº 9 recibido el 28 de febrero de 2018, ELECTRO DUNAS remitió sus comentarios al Proyecto de Mandato. Dicho escrito se corrió traslado a AZTECA PERÚ mediante carta C.00191-GPRC/2018 recibida el 12 de marzo de 2018, para que en un plazo de siete (07) días hábiles remita los comentarios que considere pertinente.
- 2.23 Mediante carta DJ-544/18 recibida el 21 de marzo de 2018, AZTECA PERÚ remite comentarios respecto de los comentarios emitidos por ELECTRO DUNAS al Proyecto de Mandato. Dicha carta se corrió traslado a ELECTRO DUNAS mediante carta C.00247-GPRC/2018 de fecha 26 de marzo de 2018, para para conocimiento y los fines que dicha empresa estime pertinentes.
- 2.24 Mediante Escrito Nº 10 recibido el 22 de marzo de 2018, ELECTRO DUNAS remite comentarios respecto de los comentarios emitidos por AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato. Cabe indicar que se corrió traslado de dicho escrito a AZTECA PERÚ, mediante carta C.00248-GPRC/2018 de fecha 26 de marzo de 2018, para su conocimiento y los fines que estime 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 infraestructura, se considera necesario emitir pronunciamiento respecto de los siguientes aspectos:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 171

- 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 ELECTRO DUNAS.

#### 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.

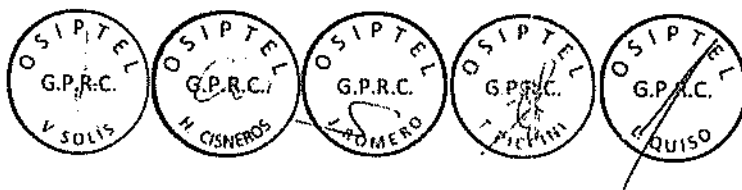
Por su parte, el artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904, determina que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su 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.

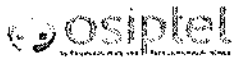
Por su parte, el artículo 32 de la Ley N° 29904, establece que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del precitado artículo 13, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

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	N° 00082-GPRC/2018 Página: 7 de 171
	INFORME	

*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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 171

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 Civil<sup>4</sup>, 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 2014 con una solicitud de AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS formulada en el marco de la Ley N° 29904. Dicha solicitud generó el proceso de negociación referido en los numerales 1.5 y 1.6 del Contrato, que llevó a su suscripción por las partes el 17 de diciembre de 2014.

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-1249/17, recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ELECTRO DUNAS adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30,

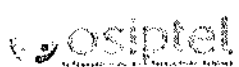
<sup>4</sup> Código Civil:

“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.”





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 171

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 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.

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 17 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 ELECTRO DUNAS.


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

##### **4.2.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 17.10.2017):**

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 N° 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.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 171

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".<sup>5</sup>*

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL<sup>6</sup> 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 eléctrica<sup>7</sup>, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias<sup>8</sup>.

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."<sup>9</sup>*

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,

<sup>5</sup> 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.


<sup>6</sup> "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]

<sup>7</sup> Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

<sup>8</sup> Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

<sup>9</sup> 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](http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3256.pdf) (Visitado el 1 de octubre de 2017).



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 11 de 171
	INFORME	

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 respectivo"*<sup>10</sup>. 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/2017<sup>11</sup>, 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 ELECTRO DUNAS para acordar precisar la cláusula referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS y lograr así que se respete el precio máximo fijado en la normativa vigente. No obstante, no han arribado a un acuerdo, en tanto ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS no han podido acordar la precisión de la cláusula contractual referida a la retribución por el uso de infraestructura eléctrica, en tanto la retribución

<sup>10</sup> Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.

<sup>11</sup> 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 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 171

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 ELECTRO DUNAS a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS (Escrito recibido el 14.11.2017):

##### A. CÓMO SE NEGOCIÓ Y QUÉ SE PACTÓ CON AZTECA PERÚ PARA EL USO Y ACCESO A SUS INSTALACIONES.

ELECTRO DUNAS señala que el 17 de diciembre de 2014 suscribió con AZTECA PERÚ el "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica-GL-303-2014/GC" (en adelante, el Contrato).


Manifiesta que conforme a lo establecido en la Cláusula Cuarta del referido Contrato, de conformidad con el marco normativo aplicable al momento de su suscripción, la retribución mensual por acceso y uso (la "RM") sería calculada conforme al valor unitario por punto de apoyo establecido en el Contrato el cual fue determinado conforme al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (la "Metodología"). Indica que en caso dicha metodología fuese modificada, las partes tendrían en cuenta los alcances de dicha modificación para modificar la RM. Señala que ello fue en el claro entendimiento que no existía una obligación normativa o contractual de adecuación de la RM ante futuras modificaciones de la Metodología pues el Contrato recogía el precio máximo aplicable al momento de su suscripción.

Señala que, en la medida que la RM había sido determinada conforme a la Metodología vigente al momento de la suscripción del Contrato, no existe obligación de que esta sea cambiada por futuras modificaciones a dicha Metodología (modificación que, lógicamente, sería aplicable a contratos de uso y acceso que se suscriban a partir de su entrada en vigor). Precisan que por el contrario, las partes fueron expresas en señalar que los valores unitarios establecidos se reajustarían únicamente: (i) a través de la aplicación de la variación positiva del Índice de Precios al Consumidor Nacional; y(ii) luego de la aprobación de los nuevos valores de remplazo de los activos de ELECTRO DUNAS.

Manifiesta que para demostrar que las negociaciones entre las partes fueron transparentes y de buena fe y, sobre todo, para demostrar que AZTECA PERÚ no sólo otorgó su conformidad respecto a lo pactado en el Contrato que hoy cuestiona, adjuntan copia de correos electrónicos cursados entre las partes.

Considera que el OSIPTEL deber verificar las comunicaciones cursadas entre las partes a fin de considerar que, en todo momento, las partes negociaron bajo la premisa y sin objeciones respecto a que el factor "B" de la Metodología correspondía



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 171

ser determinado según el número de arrendatarios existentes en las instalaciones de ELECTRO DUNAS al momento de la suscripción del Contrato. Señala que no existe ninguna comunicación de AZTECA PERÚ previa a aquellas remitidas con la finalidad de iniciar el presente procedimiento de emisión de mandato de compartición, u otro medio probatorio aportado por dicha empresa que acredite lo contrario.

Por ello, rechaza cualquier afirmación efectuada por AZTECA PERÚ que sugiera una conducta ilegal por parte de ELECTRO DUNAS o relativa a que su empresa ha venido exigiendo una RM superior a aquella aplicable conforme a lo pactado en el Contrato y a la Metodología vigente al momento de su suscripción conforme la interpretación de la misma efectuada por ambas partes.

**B. MARCO REGULATORIO ESPECIAL APLICABLE AL CONTRATO Y QUÉ ATRIBUCIONES LE RECONOCE AL OSIPTTEL.**

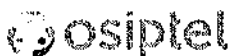
ELECTRO DUNAS señala que con la finalidad de definir el contexto normativo en el marco del cual debe discutirse los alcances de la solicitud efectuada por AZTECA PERÚ, es importante que el OSIPTTEL tome en cuenta cuestiones que dicha empresa ha omitido considerar y que resultan relevantes para efectuar una adecuada aplicación de la Metodología.

Indica que en regulación de telecomunicaciones, el otorgamiento de derechos de acceso y uso (género del cual la compartición de infraestructura es una especie referida a elementos pasivos como son los postes y los ductos) tiene diferentes finalidades según las razones que motivaron su establecimiento. Cita como ejemplo: los mercados en liberalización, que tienen por finalidad reducir barreras de entrada a nuevos competidores; en mercados ya liberalizados, que buscan equilibrar el terreno entre aquellos proveedores que controlan instalaciones que no son factibles de duplicar (operador dominante) por sus competidores, y desde una perspectiva de protección del ambiente, buscan reducir el impacto ambiental al evitar que se duplique infraestructura innecesariamente.

Manifiestan que en el Perú, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones no incluye una definición general de lo que debe entenderse por "derecho de acceso y uso", ni las atribuciones del OSIPTTEL en relación con tal derecho. Considera que los alcances de cada especie de derecho de acceso regulados en el Perú, y las competencias y facultades del OSIPTTEL en cada régimen, se rigen por lo dispuesto en su correspondiente norma especial que contiene la regulación que responde a la naturaleza del problema identificado y está justificada en los diversos objetivos de política general particulares a dicho régimen. Por ello, consideran que no es correcto hacer una aplicación indistinta de los regímenes de compartición reconocidos en la legislación peruana, tal como pretende AZTECA PERÚ al sustentar su pedido en artículos de una norma que no resulta aplicable al Contrato.

Señalan que actualmente la compartición está regulada en tres normas con rango de ley: (i) la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 171

de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (la “Ley de Compartición”); (ii) el Decreto Legislativo N° 1019, Ley de acceso a la infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (la “Ley de Proveedores Importantes”), y (iii) 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”). Indican que cada régimen cuenta con sus respectivas normas reglamentarias especiales y particulares, siendo el más reciente el correspondiente a la Ley de Banda Ancha vigente desde el 20 de julio de 2012.

Manifiesta que tanto la Ley de Compartición, como la Ley de Proveedores Importantes recogen regímenes de acceso que tienen como principal finalidad incentivar el acceso y efectiva capacidad de competir de nuevos entrantes al mercado de telecomunicaciones frente a operadores dominantes (con alto poder de mercado) para el beneficio del usuario final a través de la prevención de conductas de abuso de posición de dominio. Indican que, por un lado, la Ley de Compartición señala que la obligación de acceso únicamente procede en caso de presentarse y acreditarse una restricción a la construcción y/o instalaciones de infraestructura de uso público<sup>12</sup>; y, por otro lado, la Ley de Proveedores Importantes señala que tendrán obligación de otorgar acceso a aquellos titulares de infraestructura de telecomunicaciones que sean calificados como Proveedores Importantes<sup>13</sup>. Asimismo, indica que en ambos regímenes las normas reconocen expresamente la competencia del OSÍPTEL para predeterminar criterios y definir la contraprestación aplicable entre las partes<sup>14</sup>.

Así, consideran que en ambos casos, las normas tienen como racionalidad subyacente para la existencia de una obligación de acceso el contrarrestar situaciones de hecho (imposibilidad de duplicar infraestructura o existencia de poder de mercado) que constituyen contextos en los que el titular de la infraestructura está en capacidad y tiene los incentivos para incurrir en posibles prácticas de abuso de posición de dominio en perjuicio de quienes quieren acceder a dicha infraestructura y sus usuarios finales. Esto, desde un punto de vista de teoría de la regulación, es lo que consideran justifica la existencia de un derecho de acceso ex ante y la posibilidad del OSÍPTEL de regular la retribución aplicable. Sin embargo, señalan que esta racionalidad no es compartida ni es trasladable sin adaptación alguna al régimen de compartición de la Ley de Banda Ancha, tal como pretende AZTECA PERÚ al sustentar su pedido en disposiciones de la Ley de Compartición.

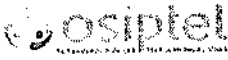
Al respecto, precisa que la compartición conforme a la Ley de Banda Ancha es un tipo de derecho de acceso que tiene como finalidad expresa el promover el despliegue de infraestructura para el desarrollo de la banda ancha, específicamente a través de la

<sup>12</sup> Ver artículos 4, 5 y 11 de la Ley de Compartición.

<sup>13</sup> Ver artículos 2 y 3 de la Ley de Proveedores Importantes. Dicha norma define al Proveedor Importante como que concesionario de servicios público de telecomunicaciones que tiene 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 dichos servicios, como resultado de a) el control de facilidades esenciales; o, b) la utilización de su posición en el mercado.

<sup>14</sup> Ver artículo 14 de la Ley de Compartición, y 33 al 35 de su reglamento; y artículo 7 de la Ley de Proveedores Importantes, y artículos 30 al 33 de la Resolución 020-2008-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 15 de 171
	INFORME	

construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica<sup>15</sup> (la "RDNFO"), bajo las condiciones de los correspondientes contratos de concesión<sup>16</sup>. Indica que no se trata de un régimen de acceso sustentado, como erróneamente plantea AZTECA PERÚ, en el (no demostrado) poder de mercado de ELECTRO DUNAS en el mercado de telecomunicaciones (en el cual no presta servicio a terceros), sino en facilitar la ejecución de un proyecto en particular, como lo es la RDNFO del cual AZTECA PERÚ es sociedad concesionaria.

Manifiesta que no subyace al régimen de compartición de la Ley de Banda Ancha una lógica de eficiencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones que redunde en menores tarifas al usuario final<sup>17</sup>. Por el contrario, considera que la Ley de Banda Ancha prevé la operación de la RDNFO por parte de operadores neutros que brindan servicios portadores, seleccionados a través de licitaciones públicas conforme a los criterios tarifarios específicos incluidos en los contratos de concesión que suscriba el Estado<sup>18</sup>.

ELECTRO DUNAS señala que el proyecto de la RDNFO no prevé que una reducción de los costos asociados a la compartición de infraestructura de AZTECA PERÚ redunde en un mayor beneficio a los usuarios a través de una reducción de tarifas. Considera que este punto es relevante pues demuestra que la racionalidad (ratio legis) de los demás regímenes de acceso no es trasladable al régimen de la Ley de Banda Ancha, lo cual, sumado al criterio de especialidad de las normas, descartan que puedan aplicarse por analogía los regímenes de la Ley de Compartición y/o Ley de Proveedores Importantes a la relación entablada entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ conforme al Contrato. Por ello, consideran que no corresponde que se usen criterios establecidos en la Ley de Compartición y/o en la Ley de Proveedores Importantes para interpretar los alcances de la Metodología, como indebidamente pretende AZTECA PERÚ.

Sobre la base de esta premisa, ELECTRO DUNAS señala que la Ley de Banda Ancha y su reglamento, no reconocen al OSIPTTEL competencia para determinar la retribución aplicable entre las partes en una relación de compartición. Consideran que por el contrario, dichas normas señalan que es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC"), a través de la emisión de un decreto supremo o resolución viceministerial, la entidad competente para definir la metodología aplicable para la determinación de la correspondiente retribución, reconociéndose al OSIPTTEL únicamente una función supervisora (y no reguladora)<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Ver artículos 1 y 3 de la Ley de Banda Ancha.


<sup>16</sup> Ver artículos 7 y 8 de la Ley de Banda Ancha.

<sup>17</sup> El interés del usuario final, se garantiza con la definición de una tarifa máxima establecida en el contrato de concesión de AZTECA PERÚ cuya determinación y actualización es totalmente independiente de los costos operativos reales de AZTECA PERÚ.

<sup>18</sup> Ver artículo 9 de la Ley de Banda Ancha.

<sup>19</sup> Ver artículo 13.4 b) de la Ley de Banda Ancha, y artículos 30.4 y 33.1 del Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 171

Precisa que la Ley de Banda Ancha tampoco otorga al OSIPTEL competencia para modificar acuerdos contractuales para el acceso y uso vigentes, como es el caso del Contrato. Precisa que dicha ley no prevé que el inicio de una solicitud de emisión de un Mandato de Compartición se relacione con un convenio ya existente. Indica también que en aplicación de los principios de legalidad y subsidiariedad que rigen la actuación el OSIPTEL<sup>20</sup>, éste carece de competencia para emitir un Mandato de Compartición cuando ya existe un acuerdo vigente y, menos aún, cuando su única finalidad es modificar la retribución previamente pactada. Por el contrario, el propio Contrato prevé la vía arbitral como la correspondiente a cualquier controversia surgida entre las partes o, de ser el caso para aquellas materias que corresponda, lo será el Poder Judicial. Señala que respetar la propia Ley de Banda Ancha deriva en la libertad de contratación de las partes, sujeta al Derecho Privado, y dentro de los límites de la regulación, la negociación y definición de los convenios de compartición.

Indica que su posición se soporta en el hecho que la emisión de Mandatos de Compartición es una competencia intrusiva en la esfera jurídica de los administrados, por lo que sus supuestos de emisión necesariamente deben interpretarse restrictivamente, como corresponde a toda norma que restringe derechos<sup>21</sup>. Reitera que el OSIPTEL no tiene competencia para revisar acuerdos vigentes y que, además, fueron suscritos conforme a las normas vigentes en dicho momento.

Sin perjuicio de ello, indican que a efectos de interpretar el alcance de las normas aplicables a la relación entablada tienen competencia las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, razón por la cual ELECTRO DUNAS señala que ha cumplido con iniciar el correspondiente procedimiento de solución de controversia ante el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, el cual actualmente está en trámite en el Expediente N° 007-2017-CCO-ST/CI.

### C. INTERÉS PÚBLICO DETRÁS DE LAS SOLICITUDES DE MANDATO EFECTUADAS POR AZTECA PERÚ.

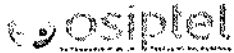
ELECTRO DUNAS sostiene que la línea argumentativa incluida en las solicitudes de AZTECA PERÚ es la premisa implícita que busca promover la eficiencia en el sector y, sobre todo, en la protección del interés público que ello conlleva. Sin embargo, consideran que AZTECA PERÚ ha omitido mencionar en sus solicitudes que cualquier reducción de los costos asociados a la compartición de infraestructura la beneficia directamente, a través de la mejora de sus márgenes comerciales por reducción de costos operativos sin trasladarse a los usuarios, toda vez que no generará ninguna reducción en las tarifas.

<sup>20</sup> Ver artículo 11 del Reglamento General del OSIPTEL y artículo IV numeral 1,1 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>21</sup> Ver artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 171

Señala que lo anterior resulta relevante para (i) demostrar la racionalidad del régimen de la Ley de Banda Ancha en comparación a los otros regímenes de participación y abundar a lo desarrollado en sección previa; (ii) evidenciar las consecuencias netamente confiscatorias para ELECTRO DUNAS que tendría la emisión de un Mandato de Participación en los términos solicitados por AZTECA PERÚ; y, (ii) poner en contexto las temerarias e infundadas afirmaciones que AZTECA PERÚ ha realizado sobre la conducta e intenciones de ELECTRO DUNAS en el marco de la negociación y ejecución del Contrato.

Precisa que AZTECA PERÚ es la sociedad concesionaria del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, representado por el MTC (el "Concedente") el 17 de junio de 2014, al amparo de la Ley de Banda Ancha (el "Contrato de Concesión"). Conforme a dicho contrato, AZTECA PERÚ se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los bienes de la concesión y a prestar los servicios señalados en el contrato través de la RDNFO por 20 años a partir de la fecha de suscripción, a cambio de los pagos por concepto de Retribución por Inversión ("RPI")<sup>22</sup>, Retribución por Operación y Mantenimiento ("RPMO")<sup>23</sup> y la Prima por Resultados<sup>24</sup> cuando existan Recursos Excedentes Brutos<sup>25</sup>.

Considera importante mencionar que tanto el RPI como el RPMO se encuentran comprendidos en la Oferta Económica efectuada por AZTECA PERÚ y que la hizo adjudicataria en la licitación pública que tuvo como consecuencia la firma del Contrato de Concesión.

Manifiestan que el Contrato de Concesión se suscribió bajo la modalidad de Asociación Público-Privada bajo la modalidad de concesión cofinanciada, lo cual significa que en caso los Ingresos Disponibles<sup>26</sup> no cubran los pagos por RPI y RPMO,

<sup>22</sup> Adenda N° 1 del Contrato de Concesión del 17 de noviembre de 2014:

**"2.67; Retribución por Inversión (RPI)**

*Es el pago trimestral que se realiza para retribuir la inversión en que ha incurrido el Concesionario, de acuerdo a los términos y condiciones establecidas en el Contrato. El pago del RPI es incondicional e irrevocable. Dicho pago será realizado a través del fideicomiso Red Dorsal y, en caso los ingresos Disponibles no sean suficientes para cubrirlos, corresponderá al Concedente pagar el cofinanciamiento del RPI."*

<sup>23</sup> Contrato de Concesión:

**"2.69: Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO)**

*Es el pago a favor del Concesionario que se realiza durante la Fase de Prestación del Servicio Portador. En este concepto se incluyen los montos correspondientes a la tasa por explotación comercial del servicio aporte al FITEL, aporte al OSIPTEL y la Retribución por Supervisión al OSIPTEL"*

<sup>24</sup> Contrato de Concesión:

**"2.58 Prima por Resultados:**

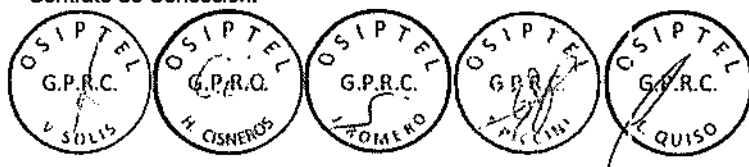
*Es la diferencia entre los Recursos Excedentes Brutos y los Recursos Excedentes Netos, que corresponderá al Concesionario."*

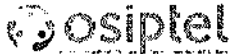
<sup>25</sup> Contrato de Concesión:

**"2.58 Recursos Excedentes Brutos:** *Es el monto dinerario resultante de descontar trimestralmente el pago de RPI más el pago de RPMO de los ingresos Disponibles.*

**2.59 Recursos Excedentes Netos:** *Es el monto dinerario que resulta de multiplicar el Margen del Excedente por los Recursos Excedentes Brutos."*

<sup>26</sup> Contrato de Concesión:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 171

el Concedente realizará el pago de un cofinanciamiento<sup>27</sup>. Así pues, señala que en caso de que los Ingresos Disponibles del trimestre respectivo no cubran el pago del RPI y RPMO correspondiente, el Concedente tiene la obligación de otorgar el cofinanciamiento a favor de AZTECA PERÚ, así como programar y presupuestar para cada año fiscal, los recursos necesarios para el pago del RPI y el RPMO, conforme a las normas de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, tomando en consideración la proyección de los Ingresos Disponibles conforme al Fideicomiso de la Red Dorsal<sup>28</sup>. Es decir que los ingresos por RPI y RPMO tienen calidad de ingreso garantizados para AZTECA PERÚ.

En cuanto a las tarifas por el servicio portador a ser prestado por AZTECA PERÚ, señala que conforme al Contrato de Concesión, el Anexo 7 de dicho contrato establece el valor de la tarifa que será aplicable durante cinco (5) años desde la puesta en operación de la primera etapa del proyecto. Luego de esta etapa, la tarifa será revisada anualmente. Indica que esta tarifa predeterminada es el mecanismo que el diseño del Contrato de Concesión prevé para garantizar el interés público a través de una tarifa tope al servicio portador brindado por AZTECA PERÚ.

ELECTRO DUNAS indica que para la revisión de la tarifa por parte del OSIPTEL, según las condiciones establecidas en la Cláusula 39 del Contrato de Concesión, únicamente se ajusta el valor de la RPI y de la RPMO aplicándole el índice WPSSOP3500 (*Finished Goods Less Food and Energy*) según lo establecido en la Cláusula 29.2 del Contrato de Concesión. Es decir que la retribución de AZTECA PERÚ (que forma la base de cálculo para la revisión de la tarifa) no es disminuida bajo ningún supuesto ni se trasladan las eficiencias que dicha empresa pudiese generar en el periodo (como producto de la reducción de costos de operación y mantenimiento) a los usuarios de sus servicios a través de una menor tarifa.

Entonces, considera que el Contrato de Concesión establece un régimen financiero y económico estable a favor de AZTECA PERÚ, con ingresos garantizados asociados a


*"2.42 Ingresos Disponibles: son los Ingresos Totales, deducidos el IGV de los ingresos Totales, la Tasa de Explotación Comercial, el Aporte al FITEL, los costos de administración fiduciaria y el Aporte al OSIPTEL, 2.43 Ingresos Totales: Es la totalidad de ingresos facturados por la explotación comercial de la RDNFO, incluyendo los ingresos por la prestación de! Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales."*

<sup>27</sup> Normas relativas al Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las Obras Publicas de Infraestructura y de Servicios Públicos respecto a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del Estado aprobadas por Decreto Supremo N° 108-2006-EF:

*"Artículo 2.- De la compensación que perciban los concesionarios  
El Concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en: (a) tarifas, peajes, precio, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales, y/o, de no ser suficientes, (b) un cofinanciamiento que consiste en un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/ o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes."*

<sup>28</sup> Es el fideicomiso de administración de recursos dinerarios constituido por el Concesionario que tendrá por finalidad administrar y distribuir los Ingresos Totales.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 19 de 171
	INFORME	

los costos de inversión, y de operación y mantenimiento incluidos en la oferta económica presentada por AZTECA PERÚ al momento de adjudicarse la concesión.


Señala que sobre este punto, es de suma importancia resaltar que, al 19 de diciembre de 2013 (momento de la recepción de sobres correspondientes a las ofertas económicas de los postores) ya estaba vigente el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual incluía la respectiva Metodología. Es decir que, en su momento, AZTECA PERÚ debió incluir en su evaluación y cuantificación de riesgos, y en la modelación de su oferta los costos de operación y mantenimiento considerando como premisa la aplicación de la Metodología conforme esta fue establecida en el reglamento de la Ley de Banda Ancha. Para ello, necesariamente debió asumir una interpretación de los alcances del factor "B" incluido en la fórmula aplicable. Manifiestan que la interpretación de AZTECA PERÚ debió ser que el factor "B" representaba el número existente de "arrendatarios" y no al número máximo de "arrendatarios" como hoy pretende.

ELECTRO DUNAS indica que en el contexto en el cual se encuentra, cualquier disminución de la RM que el OSIPTEL ordene, constituiría una confiscación de valor de ELECTRO DUNAS que es trasladado a AZTECA PERÚ en forma de mayores márgenes para hacer su negocio más rentable. Indica que a la fecha, no tiene conocimiento que AZTECA PERÚ haya implementado mecanismos para "compartir" estas rentas con los usuarios a los que presta sus servicios.

Por ello, solicita al OSIPTEL evaluar si realmente es el interés público y la necesidad nacional lo que AZTECA PERÚ busca cautelar a través de la estrategia desplegada en contra de ELECTRO DUNAS y otras empresas eléctricas, o, por el contrario, si es que esta empresa busca sólo obtener mayor rentabilidad a través de un subsidio del sector eléctrico.

ELECTRO DUNAS solicita al OSIPTEL tomar en consideración que lo que se discute en el marco de las presentes solicitud es, en realidad, el definir quién debe asumir los costos asociados al uso y acceso de infraestructura eléctrica para la ejecución del proyecto de la RDNFO materia del Contrato de Concesión. Consideran que es claro que el responsable por asumir dichos costos es AZTECA PERÚ, cuyos ingresos no se afecta pues recibe una remuneración garantizada por el Estado Peruano, y que no se deben trasladar los sobrecostos asociados a un (mal) diseño de un Contrato de Concesión a las empresas prestadoras de servicio de transmisión eléctrica, pues ello constituye un Acto Confiscatorio, así como un incremento del riesgo que ello implica para la calidad y continuidad del suministro de electricidad a usuarios libres y regulados.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 171

**D. ELECTRO DUNAS SOLICITA QUE EL CONSEJO DIRECTIVO DECLARE IMPROCEDENTE O, DE FORMA SUBORDINADA ORDENE LA SUSPENSION DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR AZTECA PERÚ SOBRE LA BASE DE LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:**

ELECTRO DUNAS sostiene que el OSIPTEL es incompetente para emitir un Mandato de Compartición en el presente caso toda vez que, tanto los hechos como el Derecho vienen siendo tergiversados y manipulados a efectos de dar una apariencia falaz de la situación que se ha suscitado entre las partes, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto cumplimiento de la ley y el marco regulatorio, cuando en realidad, el asunto se circunscribe a consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

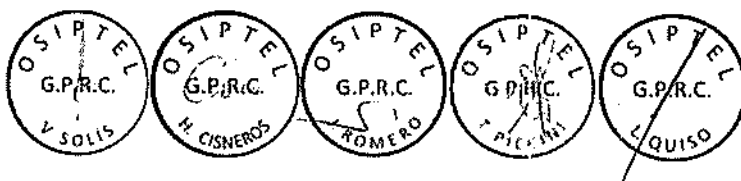
En tal sentido, señala ELECTRO DUNAS que, toda vez que el supuesto de hecho para la emisión de un Mandato de Compartición no se ha verificado, el Consejo Directivo mal podría pronunciarse al respecto y emitir una decisión que no se ajusta a derecho. Los argumentos que respaldan su posición son los que se indican a continuación.


La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 ("Ley N° 27332"), define en su artículo 3° relativo a las funciones de los organismos reguladores, la "función normativa", la misma que comprende, entre otras, 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.

Señala que la Ley N° 27332, indica expresamente que, tanto la función normativa como las demás funciones reconocidas a los organismos reguladores se ejercen en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias. Lo anterior, es congruente con el principio de legalidad contenido en el numeral 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, (en adelante, Ley N° 27444) el mismo que prescribe que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén tribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Indican que la Ley de desarrollo de las funciones y facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, define y delimita las facultades de OSIPTEL para supervisar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que presten servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a sus competencias. Nuevamente, la Ley N° 27336, establece los límites bajo los cuales el OSIPTEL puede ejercer estas funciones, esto es, dentro de los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

Asimismo, respecto al marco general que delimita las competencias del OSIPTEL el Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM,



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 21 de 171
	INFORME	

define una serie de principios que establecen los límites y lineamientos a la acción del OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. Así pues, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos del OSIPTEL deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos<sup>29</sup>.

Indica ELECTRO DUNAS que, además del marco general al que se encuentran adscritos y que establece la competencia del OSIPTEL, es necesario agregar lo prescrito expresamente por la Ley de Banda Ancha, el cual establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica 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, siendo el OSIPTEL el encargado de la supervisión, pudiendo dictar las normas específicas que sean necesarias.

Al respecto, señala ELECTRO DUNAS que la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley de Banda Ancha, los cuales se tramitarán observando las etapas y plazos procedimentales previstos en los artículos 27, 28 y 51 en lo que corresponda de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Proveedores Importantes, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL. Esta disposición regulatoria no establece disposiciones adicionales respecto al supuesto de hecho en el cual deban dictarse los Mandatos de Compartición, en consecuencia, consideran que se debe concluir que la participación del OSIPTEL, la misma que debe guiarse por los principios detallados en su Reglamento, debe restringirse a las situaciones en las que los mecanismos del mercado no hayan satisfecho los objetivos pretendidos privilegiando la autonomía privada y cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión innovación o por precios.

Indica que el artículo 24 y siguientes del Reglamento de la Ley de Banda Ancha dispone el procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica, señalando expresamente que, en caso de falta de acuerdo entre las partes en un plazo determinado, a saber, treinta (30) días hábiles, el Operador de

<sup>29</sup> Decreto Supremo N° 008-2001\*PCM - Reglamento General de OSIPTEL:

**"Artículo 4.- Principio de Neutralidad**

El OSIPTEL velará por la neutralidad de la operación de las empresas bajo su ámbito de competencia, cuidando que éstas no utilicen su condición de tales, directa o indirectamente, para obtener ventajas frente a otras empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o frente a usuarios, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley. No obstante ello, el OSIPTEL deberá cuidar que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión innovación o por precios.


**Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad**

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones simultáneamente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.

**Artículo 14.- Principio de Eficiencia y Efectividad**

La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto."



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 171

Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición. Resalta ELECTRO DUNAS que el referido artículo subyace el Principio de Subsidiariedad que debe regir en todas las actuaciones del OSIPTEL, esto es que la actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que alguno de los mecanismos del mercado, como son los contratos privados que reflejan el acuerdo de las partes, no hayan satisfecho los objetivos perseguidos.

Manifiesta ELECTRO DUNAS que el propio Principio de Subsidiariedad privilegia estos mecanismos del mercado a efectos de satisfacer los intereses de los particulares, puesto que establece que en caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.


Indica ELECTRO DUNAS que teniendo en consideración que las partes ya se encuentran vinculadas por un acuerdo privado, esto es el Contrato, el OSIPTEL no tienen competencia para emitir un mandato de compartición. Señala ELECTRO DUNAS que en el presente caso, AZTECA PERÚ pretende presentar la controversia surgida entre las partes, como una de interés público, creando una ficción sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la regulación vigente y los contratos.

Considera evidente que en el presente caso es que AZTECA PERÚ pretende eludir los mecanismos previstos en el Contrato de Compartición a efectos de aplicar su interpretación de la regulación vigente. Indica que en efecto, la finalidad perseguida por la obligación de acceso establecida en la Ley se plasma en la celebración por parte de ELECTRO DUNAS del Contrato, hecho que considera AZTECA PERÚ se esfuerza en soslayar. Manifiesta su desacuerdo con la modificación normativa introducida por la RVM y en consecuencia afecta al interés público y la necesidad nacional declarada por la Ley de Banda Ancha, al no aplicar la misma a la relación con AZTECA PERÚ.

ELECTRO DUNAS indica que AZTECA PERÚ señala que el supuesto de hecho para la emisión de Mandatos de Compartición se extiende a los supuestos de garantizar el uso de la Infraestructura eléctrica a favor del operador de telecomunicaciones, "pese a que pudieran existir discrepancias en el marco de la relación contractual", sin embargo, no aporta ningún argumento de hecho o de derecho que soporte dicha interpretación. Precisa que el supuesto de hecho para la emisión de los Mandatos de Compartición se circunscribe a la falta de acuerdo entre las partes, cuestión que no ocurre en el presente caso.

Consideran que AZTECA PERÚ pretende confundir al Consejo Directivo intentando que se pronuncie emitiendo un Mandato de Compartición pese a que el supuesto de hecho planteado excede las facultades otorgadas al OSIPTEL, y no sólo por las normas con rango legal, sino por la propia Constitución Política del Perú, la misma que en su artículo 62º establece:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 23 de 171
	INFORME	

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

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.” (El subrayado es de ELECTRO DUNAS).

Indica que es AZTECA PERÚ, en coincidencia con lo sostenido por ELECTRO DUNAS, quien ha señalado que existen discrepancias en el marco de la relación contractual (numeral 6.2 de la solicitud de Mandato de Compartición), en consecuencia, sólo en la vía judicial o arbitral se pueden solucionar estos conflictos, conforme al mecanismo previsto en el propio Contrato, la vía idónea es un procedimiento arbitral y no un procedimiento administrativo para la emisión de un Mandato de Compartición.

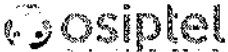
Asimismo, señala que AZTECA PERÚ inició negociaciones con ELECTRO DUNAS para acordar precisar la cláusula contractual referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS y que, pese a la buena disposición y numerosos intentos, a la fecha las partes no han arribado a un acuerdo sobre este extremo. Indican que en efecto, AZTECA PERÚ remitió la comunicación del 21 de agosto de 2017 a ELECTRO DUNAS mediante la cual no inició negociación alguna, sino que notificó a ELECTRO DUNAS su posición respecto a la RVM, posición con la que ELECTRO DUNAS no está de acuerdo.

Manifiesta que mediante carta DJ-1651/17 del 07 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ nuevamente reitera su posición respecto a que ELECTRO DUNAS debe proceder a adecuar el valor de la RM y devolvió las facturas emitidas por ELECTRO DUNAS por los meses de agosto y setiembre de 2017.

Señala ELECTRO DUNAS que a través de la carta GL-102-2017 del 09 de noviembre de 2017 procedió a intimar en mora a AZTECA PERÚ y solicitó el cumplimiento de la obligación de pago, bajo apercibimiento de iniciar el correspondiente proceso arbitral para discutir cuestiones contractuales relevantes a la controversia surgida entre las partes.

Adicionalmente indica ELECTRO DUNAS que la interpretación divergente de una disposición legal o reglamentaria no equivale a su incumplimiento, tal y como AZTECA PERÚ señala en su solicitud de Mandato de Compartición. Todo lo contrario, en atención a los principios corporativos que regulan la conducta de ELECTRO DUNAS, ésta ha utilizado los mecanismos previstos por la regulación vigente a efectos de poder aplicar de manera adecuada la RVM, cuyas consecuencias jurídicas son de aplicación general. Así, con ocasión de la emisión de la RVM, ELECTRO DUNAS



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 171

solicitó al OSIPTEL que nombre un cuerpo colegiado para que resuelva los siguientes petitorios:

- a) De conformidad con lo establecido en literal b) del artículo 13.4 de la Ley de Banda Ancha; en el artículo 30.4 y en el Anexo N° 1 de su Reglamento; el Cuerpo Colegiado declare que el denominado factor "Na" incluido en la Metodología no puede ser modificado por resolución viceministerial.
- b) En calidad de pretensión accesoria a su pretensión principal, solicitan que, de conformidad con lo establecido en el Anexo N° 1 del Reglamento, y el artículo único de la RVM, el Cuerpo Colegiado declare que el denominado factor "Na" de la Metodología no ha sido modificado por la RVM.

Señala ELECTRO DUNAS que la referida controversia ha sido iniciada toda vez que existen interpretaciones contrapuestas sobre los alcances de la RVM que se producen en el marco de la ejecución del Contrato. Considera que resultaría contrario a los objetivos y principios que regulan las actuaciones del OSIPTEL, que dos órganos del mismo se avoquen a la solución de cuestiones que se encuentran íntimamente vinculadas en el fondo, toda vez que la intención de AZTECA PERÚ al solicitar un Mandato de Compartición ante su despacho, se origina en la interpretación de la RVM que ha demostrado en la ejecución del Contrato de Compartición.

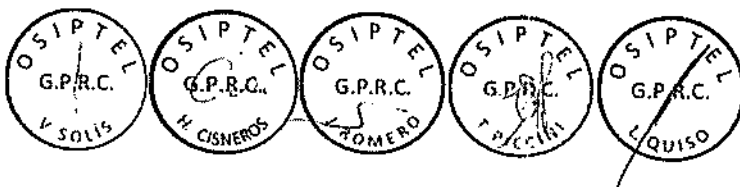
Por lo expuesto ELECTRO DUNAS solicita al Consejo Directivo **DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de AZTECA PERÚ o, subordinadamente **SUSPENDER** el presente procedimiento hasta que el Cuerpo Colegiado se pronuncie sobre el fondo de la reclamación tramitada bajo Expediente N° 007-2017-CCO-ST/CI.

#### 4.2.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 27.11.2017):

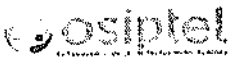
##### A. LAS REFERENCIAS A CÓMO SE NEGOCIÓ LA CLÁUSULA REFERIDA A LA CONTRAPRESTACIÓN Y A LAS LIMITACIONES SUPUESTAMENTE ACORDADAS PARA SU MODIFICACIÓN DEBEN SER DESESTIMADAS.

AZTECA PERÚ considera que lo señalado por ELECTRO DUNAS respecto a cómo se llegó a negociar el Contrato de Compartición y la intención detrás del texto de éste, están fuera de lugar si se tiene en cuenta el presente procedimiento o resultan inexactas.

AZTECA PERÚ menciona que desde su primera carta ha manifestado claramente su intención de que se varíen las condiciones económicas previstas en el Contrato de Compartición, es decir, que justamente se modifique el texto de la Cláusula Cuarta, tanto en lo que respecta al (i) valor unitario por punto de apoyo (cuyo recalcu lo han solicitado al Consejo Directivo que realice), como en (ii) cuanto a la precisión de que la contraprestación siempre debe sujetarse a un precio máximo, por lo que ante modificaciones, aclaraciones y/o precisiones en la Metodología, debe actualizarse el valor de la contraprestación pactada. Señalan que buscan modificar los numerales 4.2,





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 25 de 171
	INFORME	

4.3 y 4.5 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición. Por lo que indica AZTECA PERÚ no tiene sentido traer a colación dicha cláusula cuando lo que ha planteado es precisamente su cambio porque no está de acuerdo en seguir rigiéndose por la misma.

AZTECA PERÚ señala que a pesar que ELECTRO DUNAS trata de confundir al OSIPTEL afirmando que *"no existía una obligación normativa o contractual de adecuación de la RM ante futuras modificaciones de la metodología pues el Contrato recogía el precio máximo aplicable al momento de su suscripción"*, resulta más que evidente que ha planteado a ELECTRO DUNAS justamente variar los términos bajo los cuales se viene dando la relación de compartición.

Consideran que ha sido clara 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 ELECTRO DUNAS. Resalta que ninguna norma ha modificado el método de cálculo del valor unitario por uso compartido de infraestructura eléctrica contenido en el Anexo 1 del Reglamento. La Metodología sigue siendo la misma publicada en el año 2013. En ese sentido, AZTECA PERÚ señala que en ningún momento ha afirmado que el método de cálculo ha sido modificado y menos por una disposición normativa. Por lo tanto, consideran que al no cumplirse el supuesto de hecho al que se refiere ELECTRO DUNAS, su afirmación debe ser desestimada.

AZTECA PERÚ también menciona que ambas partes están obligadas a observar lo establecido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento en lo que respecta al "precio máximo" por compartición de infraestructura eléctrica. En ese sentido, es innegable que el Contrato de Compartición estaba y continúa estando sujeto al cumplimiento de dicha regla de orden público. Por lo tanto, indican que en el caso negado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hubiese modificado la Metodología a través de un Decreto Supremo, las partes hubieran tenido que convenir el recalcular y ajuste del valor unitario señalado en la Cláusula 4.3<sup>30</sup>.

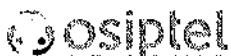
Manifiesta que en el presente caso lo que ha variado son única y exclusivamente los valores porcentuales de las variables "f" y "m". Consideran que estos valores necesariamente debieran ser aplicados en la Metodología, en tanto el Anexo 1 del Reglamento ya preveía desde su publicación que las variables "m", "f", "h" e "l" podían ser modificadas vía Resolución del Viceministerio de Comunicaciones, como efectivamente se dio mediante Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03. Señalan que ELECTRO DUNAS ha aceptado que los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología se han modificado, por lo que corresponde adecuar la contraprestación pactada con AZTECA PERÚ.

Precisa que en ningún momento han afirmado que el valor del factor "Na" ha sido modificado por la Resolución Viceministerial ni por otra norma como pretende dar a entender ELECTRO DUNAS. Lo que indica manifestaron a la referida empresa es que

<sup>30</sup> Código Civil. Artículo V.

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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 171

consideraban que se había cometido un error al momento de calcular los montos que se incluyeron en el numeral 4.3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, y que en razón a ello planteaba que las partes de buena fe procedieran a enmendarlos/adequarlos.

Manifiesta que AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se modifique la contraprestación pactada a efectos de que se le aplique un nuevo valor arbitrario de "Na", sino que ha solicitado que se aplique el valor correcto para la determinación de la contraprestación.

Indica que no están solicitando al Consejo Directivo que interprete 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 indica se lo planteó a ELECTRO DUNAS.

**B. EL CONSEJO DIRECTIVO PUEDE Y DEBE ATENDER LA SOLICITUD DE MANDATO.**

**B.1 La naturaleza de la pretensión de AZTECA PERÚ.**

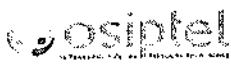
AZTECA PERÚ considera que ELECTRO DUNAS pretende no entender la naturaleza de su pretensión en este procedimiento: ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, AZTECA PERÚ ha requerido la modificación de los términos contractuales en lo referido a la contraprestación y no está discutiendo aquí la interpretación o aplicación del texto original del Contrato de Compartición. Por lo mismo, indica no estar ante una controversia o discrepancia vinculada a la lectura u observancia del contrato original, sino ante la negociación de un acuerdo complementario en un mercado regulado, que ante la negativa de ELECTRO DUNAS, legitima la intervención exclusiva del OSIPTEL.

Reconoce que, desde el principio, era muy probable que la propuesta de AZTECA PERÚ de modificar las condiciones económicas de su relación contractual de compartición fuera rechazada por ELECTRO DUNAS, sea cual fuera el lenguaje que usara, pues la misma implicaba limitar (al menos a 1/3) los importantes y extraordinarios ingresos netos que mensualmente exige esta empresa por el uso compartido de sus torres.

Considera que si bien todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados<sup>31</sup>, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias (sea arbitraje, el poder judicial o un cuerpo

<sup>31</sup> 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 PERÚ 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° 00082-GPRC/2018 Página: 27 de 171
	INFORME	

colegiado). Menos aun cuando la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen claramente que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura a favor de la Red Dorsal está sujeta a un "precio máximo" regulado y que el OSIPTEL es el competente para velar por el cumplimiento de dicha disposición.

AZTECA PERÚ señala que no se puede ignorar que esta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad 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 nacional.

Manifiesta que existe al menos una circunstancia que limita la libertad contractual de las partes: la contraprestación contractual siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Precisan que si AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS 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, el OSIPTEL debe intervenir a efectos de regular dicha condición. Señala que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer.


Precisa que no están frente a un supuesto en el que AZTECA PERÚ se encuentre solicitando la modificación del Contrato de Compartición como consecuencia de un cambio normativo. Por el contrario, se observa que las condiciones que fueron pactadas entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ siempre estuvieron sujetas a las normas imperativas sobre acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operatividad de la Red Dorsal, como lo es la existencia de un precio máximo por la compartición de infraestructura determinado conforme a la Metodología.

AZTECA PERÚ únicamente solicita que el Contrato de Compartición sean enmendado de modo que la contraprestación se ajuste a el valor unitario resultante de aplicar (i) los nuevos valores de ciertas variables aprobados por la Resolución Viceministerial, bajo la misma metodología prevista en el Reglamento; y, (ii) el valor igual a tres (3) del factor "Na" que fue fijado de ese modo desde la emisión del Reglamento. Indica que su posición se encuentre respaldada en disposiciones normativas lo que no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.

AZTECA PERÚ considera que queda claro que la adecuación de la contraprestación pactada a efectos de que no supere el precio máximo fijado constituye una materia regulada que debe ser evaluada por el OSIPTEL<sup>32</sup>. Ello, puesto que es el organismo

<sup>32</sup> "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 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 171

competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas al uso de la infraestructura eléctrica, en beneficio de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica<sup>33</sup>, es decir de resguardar la necesidad pública e interés nacional referidos en el artículo 3 de la Ley de Banda Ancha.

**B.2 Los Mandatos de Compartición pueden ser dictados por el Consejo Directivo incluso cuando existe un contrato.**

AZTECA PERÚ señala que aún en relaciones contractuales de largo plazo, 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, sea por las razones que fueran. Precisa que incluso nada obsta para que la parte interesada intente renegociar cláusulas que fijen plazos forzosos de vigencia ya sea del contrato en su conjunto o de determinadas condiciones.

En esa línea, considera que no debe extrañar que, en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura, se presenten escenarios de renegociación para la modificación de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes. Precisa que el OSIPTEL ya 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<sup>34</sup>”

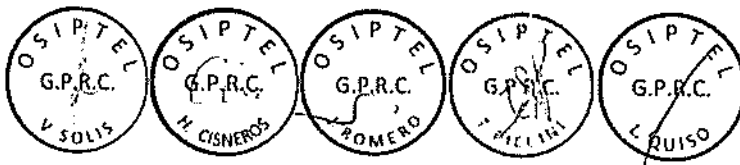
Manifiesta que a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>35</sup>, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley No. 29904 (“Ley de Banda Ancha”) ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir el organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.

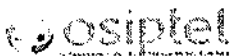
Al respecto, precisa que es importante tener en cuenta que, en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama “*regulación escalonada*”, es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco 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:

<sup>33</sup> Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

<sup>34</sup> Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.

<sup>35</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 29 de 171
	INFORME	

*"(...) 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 -encaso 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 (...)"<sup>36</sup>*

Manifiesta que la prerrogativa de intervención pública bajo comentario es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la función normativa-regulatoria del OSIPTEL<sup>37</sup>, la 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"<sup>38</sup> (subrayado agregado). Respecto a dicha función, ZEGARRA VALDIVIA señala lo siguiente:

*"(...) como se aprecia en el segundo párrafo del glosado artículo 23 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y en la lista de asuntos del artículo 25 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dicha función [reguladora] tiene un ámbito de extensión que va más allá de lo tarifario al insertarse en la totalidad de la actividad económica, de manera que algunos de los supuestos previstos en la referida lista son propios de una acción reguladora, como por ejemplo, el previsto en el inciso n), referido a Dictar mandatos de interconexión, y otros están vinculados con el ejercicio de la potestad reglamentaria."<sup>39</sup>*


<sup>36</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.

<sup>37</sup> Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por Decreto Supremo No. 042-2005-PCM; "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." 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."

<sup>38</sup> 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: (...)."

<sup>39</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego, Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú, Lima, Palestra Editores, Primera Edición, 2005, pp. 258-259.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 171

AZTECA PERÚ indica que en el ejercicio de su función normativa, es el 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<sup>40</sup>. Al respecto, manifiesta que es importante tener en cuenta que la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no sólo se debe circunscribir a garantizar el acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia de la red de telecomunicaciones en la infraestructura de soporte. La razón es que el fin propio del OSIPTEL 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.

Indica que la competencia del Consejo Directivo de OSIPTEL para emitir pronunciamientos que impliquen la redefinición de las condiciones económicas en las relaciones de compartición ya ha sido reconocida tanto por el Tribunal de Solución de Controversias como el propio 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 (como en este caso), 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*

<sup>40</sup> Cabe indicar que la emisión de mandatos a efectos de fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre dos empresas, incluyendo el establecimiento de una contraprestación, 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." (subrayado y énfasis agregados) [Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN]



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 31 de 171

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 órdenes 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 llevara 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 restas 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. (...)”<sup>41</sup> (subrayado y énfasis agregado)


Manifiesta 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”.**

<sup>41</sup> Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 171

Por otro lado, 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.

En tal sentido, considera que el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien indubitablemente tiene competencia para redefinir los parámetros de la relación jurídica existente entre el titular de la infraestructura eléctrica (ELECTRO DUNAS) y el operador de telecomunicaciones (AZTECA PERÚ).

**B.3 El Mandato de Comparación es procedente en tanto sirve para el resguardo del interés público: la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal.**

AZTECA PERÚ considera que el OSIPTEL no debe renunciar a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura esencial para el desarrollo de las redes de Banda Ancha, 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 de Banda Ancha.

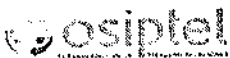
Indican que para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exija por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA 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. 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 I (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

AZTECA PERÚ estima que las condiciones económicas que se incluyeron en la Cláusula Cuarta 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). Según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a ELECTRO DUNAS 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. Señala que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

Manifiestan que el escenario antes descrito obedece exclusivamente a que ELECTRO DUNAS viene exigiendo a AZTECA PERÚ el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento.





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 33 de 171

Por ello, considera que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de ELECTRO DUNAS 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. Es por ello que, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a ELECTRO DUNAS 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.

Ante la rotunda negativa de ELECTRO DUNAS de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que sigan pagando un monto que no pueden solventar por excesivo (pues a todas luces supera el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ indica haber recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas-regulatorias, garantice que la infraestructura de ELECTRO DUNAS 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.


Consideran que es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido este proyecto de titularidad estatal. 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"*<sup>42</sup> (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 (...)"*<sup>43</sup> (énfasis agregado).

En ese sentido, señalan 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 PERÚ 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 modificar los Contratos de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una

<sup>42</sup> JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text Cases, and Materials*. Oxford University Press, 2016, p. 387.

<sup>43</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo III. 15ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 12



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 171

traba económica para que el proyecto de interés nacional a que nos referimos pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que ELECTRO DUNAS se encuentra ignorando que el despliegue y operación de la Red Dorsal ha sido declarada de necesidad pública e interés nacional, conforme al inciso ii) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha. Por ello señala que la continuidad del proyecto en las condiciones de eficiencia para los operadores de telecomunicaciones, esto es abonando únicamente una contraprestación que represente únicamente el uso del espacio del cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica, sí constituye la defensa de un interés público.

Manifiesta que asumir la posición de ELECTRO DUNAS implicaría desconocer el marco normativo vigente, que consideró que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica tiene un tope máximo, con independencia de otras remuneraciones que la operadora de telecomunicaciones pueda tener. Señala que inclusive atendiendo a que el Contrato fue suscrito con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Banda Ancha, el Estado aceptó que le correspondía a AZTECA PERÚ el pago de la retribución por Inversión, Operación y Mantenimiento, considerando que las empresas eléctricas sólo podrían exigir por el arrendamiento de sus torres y/o postes el precio máximo fijado legalmente.

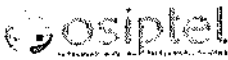
AZTECA PERÚ manifiesta que las condiciones económicas bajo las cuales ELECTRO DUNAS pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.

Señala que su situación se parece mucho 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.

Indica 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 esenciales<sup>44</sup>. Señalan que el OSIPTEL no puede obviar

<sup>44</sup> 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:  
 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	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 171

la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de ELECTRO DUNAS, 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.

En este contexto, AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener en cuenta que la emisión de un mandato de compartición con la finalidad de resguardar el uso de la infraestructura eléctrica cobra mayor relevancia cuando, en el marco de una renegociación entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones, existe asimetría de información entre tales agentes. En efecto, precisan que no maneja la información sobre los costos y características de la infraestructura eléctrica y acceder a la misma o validarla resulta imposible sin la "colaboración" de la empresa eléctrica.

AZTECA PERÚ manifiesta que el Consejo Directivo debe tener en cuenta 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), (re)negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de un proyecto nacional de telecomunicaciones procuren (re)negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

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 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." (énfasis y subrayado agregados)



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 171

AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación que hace ELECTRO DUNAS de que AZTECA PERÚ es quien *"está en mejor posición de entender los alcances del marco normativo de compartición de infraestructura (...)"* por ser la empresa que presta servicios de telecomunicaciones es tendenciosa. Aun cuando AZTECA PERÚ fuera quien mejor manejara el marco legal aplicable a la compartición de infraestructura, ello no significa que tenía toda la información que requería respecto a la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS para poder validar los valores unitarios propuestos o que dicha validación hubiese sido bien hecha. Sin perjuicio de ello, señalan que en este procedimiento no buscan discutir si la interpretación que tuvieron las partes respecto a los alcances de la Metodología era correcta o no (en tanto no es el fuero competente), sino que el OSIPTEL intervenga a efectos que realice las modificaciones que resulten necesarias en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, de modo que de ahora en adelante se resguarde el interés público detrás de la lógica regulatoria de los precios tope.

Consideran que como resultado de la asimetría informativa, en sus primeras cartas sólo plantearon a ELECTRO DUNAS cómo consideraban 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 hubieran tenido acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. ELECTRO DUNAS en ningún momento accedió a proveerles de dicha información, abusando de su posición dominante.


Por lo expuesto, AZTECA PERÚ señala que ante la falta de un acuerdo entre las partes respecto al ajuste de la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de la modificación de la contraprestación en tanto excede el precio máximo regulado, el Consejo Directivo de OSIPTEL es quien deberá fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre ELECTRO DUNAS (titular de la infraestructura) y AZTECA PERÚ (operador de telecomunicaciones) y, en ejercicio de sus excluyentes facultades normativas-regulatorias, establecer la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica, a través de un mandato de compartición de infraestructura.

#### **B.4 No están ante una controversia que deba ser resuelta por un Cuerpo Colegiado.**

AZTECA PERÚ señala que el 10 de noviembre de 2017, presentó al Cuerpo Colegiado AdHoc una EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en atención a la evidente falta de competencia de dicho órgano respecto de la materia que ELECTRO DUNAS ha sometido a dicho procedimiento.

Precisa 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, (ii) que dicha controversia haya derivado de acciones u omisiones que puedan afectar o afecten el mercado de los servicios



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 37 de 171

públicos de telecomunicaciones y (iii) que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado no implique atribuirse competencias propias de otros órganos dentro del OSIPTEL.

Consideran evidente que 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 manifiestan no llegar a un acuerdo. Esta última prerrogativa, como han señalado en este escrito, es exclusiva al Consejo Directivo, organismo que ejerce la función normativa-regulatoria del OSIPTEL, que comprende dictar mandatos a efectos de crear o modificar obligaciones o derechos en las relaciones jurídicas que existen entre las empresas de telecomunicaciones y los titulares de infraestructura eléctrica.

#### 4.2.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:


##### 4.2.4.1 Antecedentes del Contrato que creó la relación de compartición de infraestructura existente entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ.

Los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2014 entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ permiten entender las consideraciones que tuvieron las partes para acordar los términos del Contrato suscrito en su oportunidad. No obstante, en el presente procedimiento la actuación del OSIPTEL se encuentra acotada a evaluar la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS el 21 de agosto del año 2017, a efectos de variar los términos inicialmente acordados en el Contrato en lo relativo a las condiciones económicas de la contraprestación periódica.

Se debe enfatizar que el mandato es un instrumento de naturaleza normativa que tiene efectos a partir de su entrada en vigor y en adelante. Por ello, no resulta preciso analizar en este procedimiento las comunicaciones cursadas entre las partes en las negociaciones sostenidas en el año 2014, que dieron lugar al acuerdo que AZTECA PERÚ ha solicitado modificar requiriendo la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento. Ello, sin perjuicio de que la referida documentación pueda ser analizada por los órganos del OSIPTEL que ejercen las funciones de supervisión y fiscalización, o en su caso la de solución de controversias.

En el presente procedimiento se analizará si corresponde o no modificar las condiciones de la contraprestación periódica prevista en el Contrato, a efectos que éstas reflejen los precios máximos a los cuales se deben sujetar todos los acuerdos de acceso y uso de infraestructura que se celebren bajo el marco de la Ley N° 29904. En caso que el resultado del análisis fuera que sí corresponde realizar tal modificación, se emitirá el mandato pertinente.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 171

#### 4.2.4.2 La solicitud de AZTECA PERÚ para que se disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de ELECTRO DUNAS.

AZTECA PERÚ ha formulado una solicitud para que el OSIPTEL disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de ELECTRO DUNAS. 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 solo se analiza los extremos de la solicitud de AZTECA PERÚ vinculados a la modificación de las condiciones económicas del Contrato.

#### 4.2.4.3 Alcance del acceso y uso compartido de infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904.

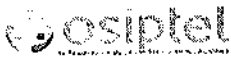
Respecto de lo señalado por ELECTRO DUNAS en relación a que la Ley N° 29904 tiene como finalidad expresa la promoción del despliegue de infraestructura para el desarrollo de la banda ancha específicamente a través de la construcción de la RDNFO; se considera preciso aclarar que la referida compartición de infraestructura no se encuentra referida únicamente al despliegue de la red portadora de telecomunicaciones de titularidad del Estado (RDNFO).

En efecto, los titulares del derecho de acceso y uso de infraestructura compartido, conforme al artículo 13 de la Ley N° 29904, son indistintamente aquellos *"concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones"* que desplieguen *"redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha"*. En esa línea, el artículo 25 y siguientes del Reglamento de la Ley N° 29904, hacen referencia a los *"Operadores de Telecomunicaciones"* como beneficiarios de la compartición de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos, siendo que el referido concepto tiene, según el propio Reglamento (artículo 3.1), la siguiente definición: *"Persona natural o jurídica que cuenta con concesión o registro para prestar uno o más servicios públicos de telecomunicaciones."*

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

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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 39 de 171
	INFORME	

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

Ahora bien, el impacto económico que pueda tener para AZTECA PERÚ o para cualquier otro Operador de Telecomunicaciones, alguna eventual reducción en sus gastos por compartición de infraestructura como resultado de la emisión de un mandato, es una circunstancia interna de cada Operador que no corresponde ser evaluada en el presente procedimiento, por cuanto la finalidad de éste es decidir sobre las condiciones para la ejecución de una relación de compartición entre dos partes distintas, con sujeción a la normativa aplicable.

Sin perjuicio de lo cual, lo señalado por ELECTRO DUNAS respecto a que AZTECA PERÚ es operador de una red de telecomunicaciones financiada por el Estado y que cuenta con un régimen de ingresos particular establecido en su contrato de concesión, por lo que una disminución de sus gastos por compartición de infraestructura únicamente la beneficiaría a ella y no a sus usuarios; se debe señalar que dicho eventual beneficio debería ser evaluado por su concedente (el MTC) y, en su caso, debería adoptar las acciones que correspondan como contraparte del citado contrato de concesión, en ejercicio de sus atribuciones.

No obstante, se precisa que la situación antes señalada no justifica que en la relación de compartición de infraestructura que es objeto de análisis en el presente procedimiento, se puedan estar aplicando contraprestaciones periódicas que no sean consistentes con la regla económica de precio máximo dispuesta por la Ley N° 29904.

Es oportuno enfatizar que las decisiones que el OSIPTEL adopta para determinar las condiciones económicas de determinada relación de compartición de infraestructura, no tiene por objetivo confiscar valor a ELECTRO DUNAS ni a ningún concesionario de energía, para trasladarlo a AZTECA PERÚ u otros Operadores de Telecomunicaciones que sean parte del procedimiento respectivo. Se reitera que para AZTECA PERÚ o para cualquier otro Operador de Telecomunicaciones, las reglas económicas aplicables son las mismas cuando se trata del acceso y uso de infraestructura eléctrica para la provisión de Banda Ancha y, en lo que se refiere a las contraprestaciones, la decisión del OSIPTEL se sujeta al artículo 13.4, literal b), de la Ley N° 29904.

Se debe recordar que de acuerdo a la Ley N° 29904 y su Reglamento, los operadores de telecomunicaciones deben remunerar el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de modo que el concesionario eléctrico recupere 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. De manera correlativa, los concesionarios eléctricos deben recibir remuneraciones que cubran los referidos costos y el respectivo margen



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 171

de utilidad razonable. Precisamente, la Metodología prevista en el Anexo N° 1 de la Ley N° 29904 debe permitir al concesionario eléctrico recibir una remuneración mensual que cubra la operación y mantenimiento del acceso y uso compartido, lo que será analizado en acápite subsiguientes del presente informe.

#### 4.2.4.4 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 ELECTRO DUNAS en relación 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 2014), 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 negociar o requerir a ELECTRO DUNAS 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 2014) 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,





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 171

regular y/o extinguir relaciones jurídicas. 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 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 ELECTRO DUNAS con fecha 21 de agosto del 2017 (mediante carta DJ-1249/17), 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, la posición adoptada por ELECTRO DUNAS respecto del 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° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 171

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, es oportuno aclarar que la referida intervención del OSIPTEL en la vía del mandato de compartición, corresponde tanto si la solicita AZTECA PERÚ como si la solicitara cualquier otro Operador de Telecomunicaciones que participe en una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904. Se reitera que en materia de compartición de infraestructura, la Ley N° 29904 no ha hecho distinciones entre el tratamiento que le corresponde a la RDNFO o a cualquier otra red de telecomunicaciones de banda ancha respecto del precio máximo que corresponde aplicar por las contraprestaciones de la compartición.

#### 4.2.4.5 Procedimiento de solución de controversias actualmente en curso iniciado por ELECTRO DUNAS.

En el presente procedimiento no se analiza la actividad que corresponda realizar al OSIPTEL en la vía de solución de controversias, en atención a la solicitud respectiva formulada por ELECTRO DUNAS y que viene siendo tramitada bajo Expediente N° 007-2017-CCO-ST/CI.

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 (...)"*.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 171

No obstante, la referida función de solución de controversias no es la que corresponde ejercer al OSIPTEL en cumplimiento del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904. En efecto, los mandatos son una manifestación de la función normativa con la que cuenta el OSIPTEL en su condición de Organismo Regulador y sólo a través de dichos mandatos, ante la falta de acuerdo entre las partes y de manera subsidiaria, el OSIPTEL puede dictar reglas que, una vez 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 ELECTRO DUNAS 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-PCM<sup>45</sup>.

En ese sentido, 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 ELECTRO DUNAS. Asimismo, tampoco existe justificación para suspender el presente procedimiento, en el que el OSIPTEL ejerce una función normativa respecto de la solicitud antes mencionada, que es distinta de la función de solución de controversias que corresponde ejercer al Cuerpo Colegiado en las materias que sean de su competencia.

#### **4.2.4.6 Implicancias del arbitraje que ELECTRO DUNAS indica procederá a iniciar.**


Se reitera que la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento se encuentra acotada a evaluar la solicitud de AZTECA PERÚ para que las condiciones económicas aplicables a la contraprestación periódica del Convenio, sean modificadas para que reflejen el precio máximo que corresponda según el artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, la decisión que en su caso adopte el OSIPTEL en el presente procedimiento, dada su naturaleza normativa, no puede tener efectos retroactivos y tendrá efectos únicamente a partir de su entrada en vigor.

Asimismo, 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), es

<sup>45</sup> "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."



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 171

atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL. En ese sentido, cualquier acto del OSIPTEL en el presente 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<sup>46</sup>.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la eventual 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 LPAG<sup>47</sup>. Respecto de lo cual, se debe señalar que: (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; y (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.

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 acápites subsiguientes del presente informe.

#### 4.2.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO

##### 4.2.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Carta DJ-357/18 recibida el 16.02.2018).

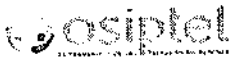
- **SOBRE LA NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN.**

AZTECA PERÚ hace referencia que en el Proyecto de Mandato, se precisó que si bien los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2014 para la suscripción del Contrato de Compartición permiten entender las consideraciones iniciales que tuvieron AZTECA y ELECTRO DUNAS, dichas comunicaciones no deben ser tomadas en cuenta a la fecha para la emisión de un mandato. En esa línea, AZTECA PERÚ enfatiza que corresponde que en el presente procedimiento se analice si corresponde o no modificar las condiciones económicas de una relación de compartición, a efectos de que reflejen los precios máximos en aplicación de la Metodología, sin que para ello se requiera evaluar las comunicaciones correspondientes a las negociaciones iniciales de las partes.

<sup>46</sup> "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.(...)"

<sup>47</sup> "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.(...)"



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 171

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que en el presente procedimiento ha solicitado modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición, precisamente debido a que ha advertido que los términos pactados inicialmente vinculados a la contraprestación máxima por uso compartido de infraestructura contravienen la Ley N° 29904 y su Reglamento, en tanto exceden por lo menos tres veces el precio máximo legal en aplicación de la Metodología. Por ello, AZTECA PERÚ señala que en este caso las comunicaciones del año 2014 no deben ser tomadas en consideración para la emisión de un mandato que busca obedecer el marco normativo sobre uso compartido de infraestructura eléctrica.

AZTECA PERÚ refiere también que las negociaciones iniciales para la suscripción del Contrato de Compartición únicamente dan cuenta que las partes arribaron a un acuerdo que no respeta el marco normativo vigente sobre uso compartido de infraestructura debido a la asimetría informativa entre las partes y el poco conocimiento de los valores de las variables de la Metodología permitió que no sea aplicada correctamente. Así, AZTECA PERÚ señala que con independencia de las negociaciones que tuvo con ELECTRO DUNAS antes de la suscripción del Contrato de Compartición, el Consejo Directivo debe emitir un mandato siguiendo las reglas previstas en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

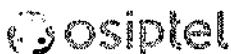
Señala AZTECA PERÚ que coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00009-GPRC/2018, respecto de que no corresponde tomar en consideración lo indicado en las comunicaciones del año 2014 sobre las negociaciones entre AZTECA y ELECTRO DUNAS, que tuvieron lugar de manera previa a la suscripción del Contrato de Compartición, para que el Consejo Directivo pueda emitir un mandato en el presente caso. AZTECA PERÚ precisa que únicamente corresponde que se observe la normativa vigente en esta materia, a efectos de que se modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura a través de un mandato.

• **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 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. Así, AZTECA PERÚ señala que se confirmó que OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.

Asimismo, AZTECA PERÚ refiere 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.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 171

AZTECA PERÚ señala que 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. AZTECA PERÚ manifiesta que dicha situación se evidencia en el presente caso, cuando dicha empresa solicitó a ELECTRO DUNAS 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.


Así también, AZTECA PERÚ señala 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 N° 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. AZTECA PERÚ refiere que ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú, y señala que por lo mismo, 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.

AZTECA PERÚ señala también, que si bien es cierto todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados<sup>48</sup>, 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. Así, precisa 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 estamos ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de ELECTRO DUNAS 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 nacional<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. En este caso, la motivación que tuvo AZTECA para plantear el cambio en la relación contractual se origina en cómo considera que deben interpretarse y aplicarse las normas sobre el precio máximo por el acceso a infraestructura. Por ello es que su solicitud de modificación se regula por las normas relativas a la emisión de mandatos de acceso y corresponde ser conocida por el Consejo 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.

<sup>49</sup> La infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS 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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 47 de 173
	INFORME	

AZTECA PERÚ señala que 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. AZTECA PERÚ manifiesta que dicha situación se evidencia en el presente caso, cuando dicha empresa solicitó a ELECTRO DUNAS 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.


Así también, AZTECA PERÚ señala 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 N° 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. AZTECA PERÚ refiere que ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú, y señala que por lo mismo, 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.

AZTECA PERÚ señala también, que si bien es cierto todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados<sup>48</sup>, 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. Así, precisa 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 estamos ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de ELECTRO DUNAS 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 nacional<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. En este caso, la motivación que tuvo AZTECA para plantear el cambio en la relación contractual se origina en cómo considera que deben interpretarse y aplicarse las normas sobre el precio máximo por el acceso a infraestructura. Por ello es que su solicitud de modificación se regula por las normas relativas a la emisión de mandatos de acceso y corresponde ser conocida por el Consejo 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.

<sup>49</sup> La infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS 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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 48 de 173

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>50</sup>, 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 N° 28295, el Decreto Legislativo N° 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.

AZTECA PERÚ señala también 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, refiere que en atención a su función normativa-regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.

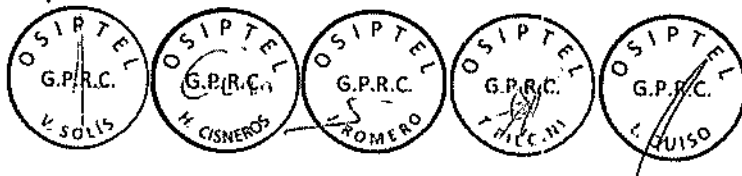
Así también, AZTECA PERÚ señala que queda claro que, a nivel comercial, es posible plantear la renegociación de los términos pactados originalmente en el Contrato de Compartición en cualquier momento (más aún cuando ello obedece al cumplimiento de disposiciones imperativas que resguardan la protección 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 consecuencia, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00009- GPRC/2018, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, AZTECA PERÚ 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.


---

*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. 15° Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 12]*

<sup>50</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 173

• **SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE INICIADO POR ELECTRO DUNAS**

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 PERÚ y ELECTRO DUNAS, 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 Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO de la LPAG).


Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que coincide con lo desarrollado en este extremo en el Informe N° 00009-GPRC/2018, pues el Consejo Directivo de 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, AZTECA PERÚ sostiene 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 de la LPAG.

AZTECA PERÚ señala además 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 obtener un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional para resolver la cuestión en sede administrativa.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que 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 ELECTRO DUNAS 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. AZTECA PERÚ sostiene 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, AZTECA PERÚ sostiene que las materias sometidas por ELECTRO DUNAS en el fuero arbitral son las mismas que se están discutiendo en el presente



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 50 de 173
	INFORME	

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). Al respecto, AZTECA PERÚ precisa que no existe controversia arbitral que tenga que ser necesariamente resuelta de manera previa antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado, y solicita que se tome en consideración que en el presente procedimiento su pretensión 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.

En ese sentido, AZTECA PERÚ señala que coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00009-GPRC/2018 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, por lo que, solicita al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura.


• **SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL CONSEJO DIRECTIVO Y LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

AZTECA PERÚ señala que el Proyecto de Mandato señala expresamente que *“en el presente procedimiento no se analiza la actividad que corresponda realizar al OSIPTEL en la vía de solución de controversias”*. Así, fue claro 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. AZTECA PERÚ señala que por ello precisamente constituye su pretensión en el presente procedimiento.

Así pues, AZTECA PERÚ señala que en este caso, las posiciones contrapuestas que tienen con ELECTRO DUNAS 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, lo que constituye el fuero competente para conocer la solicitud de AZTECA PERÚ, para adecuar la retribución al precio máximo legal.

AZTECA PERÚ sostiene que coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00009-GPRC/2018, 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 ELECTRO DUNAS.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 173

• **SOBRE EL ALCANCE DE LA LEY DE BANDA ANCHA EN EL USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA.**


AZTECA PERÚ indica que en el Proyecto de Mandato, se señala que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, deben remunerar el acceso y uso compartido de infraestructura, así como los concesionarios eléctricos deben únicamente exigir el pago de una remuneración que cubra la operación y mantenimiento de las torres y/o postes que incluya un margen de utilidad razonable, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. Por ello, señala que dicha normativa debe ser cumplida y respetada, con independencia de si AZTECA PERÚ se encuentra financiada por el Estado y cuenta con un régimen de ingresos particular establecido en su contrato de concesión, como lo alegó ELECTRO DUNAS.

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que corresponde precisar que no es materia del presente procedimiento la revisión de un adecuado diseño del proyecto de la Red Dorsal y cuál es el modelo bajo el cual AZTECA presta sus servicios como operador de telecomunicaciones. AZTECA PERÚ agrega que ELECTRO DUNAS está intentando confundir respecto de cuál es el origen y motivo de la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ, así como cuál debería ser la solución del problema, desviando la atención a presuntos problemas en el diseño del proyecto de la Red Dorsal, lo que según indica es impertinente. Así, AZTECA PERÚ señala que si recibe un pago por parte del Estado en atención a su Contrato de Concesión, dicha situación no tiene vinculación con que ELECTRO DUNAS exige a AZTECA PERÚ el pago de una contraprestación que excede al menos tres veces el precio máximo previsto legalmente por el uso compartido de infraestructura.

AZTECA PERÚ señala que, en línea con lo señalado en el Proyecto de Mandato, la emisión de un mandato de compartición que modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura no busca confiscar parte de los costos por operación y mantenimiento a ELECTRO DUNAS. AZTECA PERÚ precisa que, por el contrario, lo que resguarda el Consejo Directivo del OSIPTEL es la aplicación correcta de la normativa (Ley de Banda Ancha y su Reglamento), verificando que tanto AZTECA PERÚ como ELECTRO DUNAS cumplan con las obligaciones fijadas sobre uso compartido de infraestructura.

En consecuencia, AZTECA PERÚ señala que coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00009-GPRC/2018, en tanto el Contrato de Compartición se sujeta a la Ley de Banca Ancha y su Reglamento y, por ende, AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS se encuentran obligadas a seguir las reglas establecidas en dichas normas. Por tanto, AZTECA PERÚ sostiene que corresponde que en el presente procedimiento el Consejo Directivo emita un mandato que modifique la contraprestación, a fin de que se sujete al marco normativo vigente.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 173

#### 4.2.5.2 COMENTARIOS DE ELECTRO DUNAS RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Escrito Nº 9 recibido el 28.02.2018).

- **SOBRE LA POSIBILIDAD DE EMITIR UN MANDATO ANTE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA.**

ELECTRO DUNAS señala que de acuerdo a lo sustentado por OSIPTEL en el Informe Nº 00009-GPRC/2018, "los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2014 entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ permiten entender las consideraciones que tuvieron las partes para acordar los términos del Contrato suscrito en su oportunidad. No obstante, en el presente procedimiento la actuación de OSIPTEL se encuentra acotada a evaluar la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS el 21 de agosto de 2017, a efectos de variar los términos inicialmente acordados en el Contrato en lo relativo a las condiciones económicas de la contraprestación periódica"<sup>51</sup>.

Sobre el particular, ELECTRO DUNAS refiere que el artículo 25 del Reglamento de la Ley Nº 29904 señala lo siguiente:

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

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

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


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

ELECTRO DUNAS señala que, de acuerdo al referido artículo, expresamente existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley 29904, las cuales son i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y, ii) el mandato de compartición. En tal sentido, indica que bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, el 17 de diciembre de 2014, ELECTRO DUNAS y AZTECA suscribieron el "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica".

Al respecto, ELECTRO DUNAS expresa que en dicha ocasión, las partes negociaron de forma transparente, de buena fe y sin algún tipo de coacción, como consta en todas las comunicaciones cursadas entre las partes y presentadas con anterioridad al OSIPTEL, mediante las cuales se puede verificar que AZTECA otorgó su conformidad respecto a lo pactado tanto en el Contrato como en la Adenda (sic). Asimismo, refiere que AZTECA comunicó su posición con respecto al cálculo de la retribución a aplicar en los proyectos del contrato e, incluso, confirmó ante el MTC tener el mismo entendimiento que ELECTRO DUNAS sobre qué valor debía tener la variable "Na" para el cálculo de la retribución en discusión.

<sup>51</sup> Página 37 del Informe



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 53 de 173
	INFORME	

Asimismo, ELECTRO DUNAS indica que, pese a lo antes señalado, el OSIPTEL considera en su Proyecto de Mandato que *“no resulta preciso analizar en este procedimiento las comunicaciones cursadas entre las partes en las negociaciones sostenidas en el año 2014, que dieron lugar a los acuerdos que AZTECA PERÚ ha solicitado modificar solicitando la intervención de OSIPTEL”*<sup>52</sup>. Con esto, el OSIPTEL pretende desconocer todos los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú (la “Constitución”), según el cual:

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


De esta manera, ELECTRO DUNAS señala que una vez perfeccionado el acuerdo entre partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución es enfático al señalar que la misma no podrá ser modificada ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, debiendo entenderse que dentro de estas “disposiciones de cualquier clase” se encuentran incluidos los eventuales mandatos que dicte OSIPTEL. Además, menciona ELECTRO DUNAS que la misma disposición constitucional antes citada agrega que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Esta es la base constitucional que OSIPTEL omite analizar en el Proyecto de Mandato, y que niega a este regulador la competencia de dictar mandatos en supuestos en los cuales ya existe un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. ELECTRO DUNAS sostiene que omitir este análisis en la motivación del eventual mandato que se dicte, invalidará de pleno derecho esta decisión, pudiendo ser luego observada por desconocer lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

Asimismo, ELECTRO DUNAS señala que no sólo existe base constitucional para negar la competencia de OSIPTEL en el presente caso, sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada por el Informe N° 00009-GPRC/2018 con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado. Así pues, según ELECTRO DUNAS el artículo 1351 del Código Civil, al definir al contrato como *“el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*, entiende que *“(el) significado del contrato como acto de decisión no excluye la posibilidad de que la parte o las partes tengan un querer distinto del manifestado. La falta de voluntad interna correspondiente no impide, en efecto, que el acto se presente siempre como acto de voluntad”*<sup>53</sup>. Por ello, un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, y si una de ellas pretende realizar una modificación a una cláusula contractual previamente pactada, dicha parte debe emitir

<sup>52</sup> Página 37 del Informe

<sup>53</sup> Massimo Bianca (2007). Derecho Civil. El Contrato. (Fernando Hineyrosa y Édgar Cortés. Trad). Colombia: Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. P.26.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 173

una oferta y la otra parte debe aceptarla para que pueda efectuarse la modificación del contrato y se convierta en un nuevo acuerdo que genere obligaciones para ambas partes. En el presente caso, sin embargo, OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por ELECTRO DUNAS y AZTECA en el convenio celebrado.

ELECTRO DUNAS menciona que OSIPTEL sostiene, de manera errónea, que la definición de contrato recogida en el artículo 1351 del Código Civil confirma más bien sus competencias para intervenir en las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puesto que un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura *"puede tener también por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura"*<sup>54</sup>. Sin embargo, señala que omite analizar dos cuestiones relevantes. Primero, el término "contrato" empleado a lo largo del artículo 25 y principalmente en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 hace referencia exclusivamente a un escenario en el cual previamente no existe ningún contrato de acceso, y a falta o negativa injustificada de celebrar uno, se hace necesario acudir al OSIPTEL para que éste dicte un mandato de compartición. Mal podría indicarse, entonces, que OSIPTEL puede dictar mandatos para modificar un contrato ya celebrado. Segundo, una lectura del artículo 25 en cuestión nos lleva a la conclusión de que las funciones de OSIPTEL para dictar un mandato son "subsidiarias", es decir, únicamente ejercidas en defecto de un contrato de acceso y uso de infraestructura. Una vez celebrado el "contrato" al que hace referencia el artículo 25, corresponderá que las partes resuelvan sus controversias según lo convenido por ellas mismas (en el caso de AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, mediante un arbitraje). ELECTRO DUNAS sostiene que aunque se alegue que existe un marco normativo sobre el cual las retribuciones por uso de la infraestructura deben ser calculadas, la interpretación y aplicación de las mismas le corresponderá hacerlo a un tribunal arbitral y no al OSIPTEL.

Asimismo, ELECTRO DUNAS señala que la normativa aplicable, es clara y precisa para determinar que sólo existen dos modalidades para que se realice la compartición de infraestructura, y una de ellas es el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. En tal sentido, expresa que ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ suscribieron el Contrato, por tanto, a falta de acuerdo en la retribución que se debe pagar, menciona que AZTECA PERÚ debe ceñirse únicamente a la Cláusula Décima Novena del Contrato para resolver la controversia:

*"DÉCIMA NOVENA: Ley Aplicable y Convenio Arbitral*

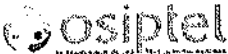
*(...)*

*19.1. El Contrato se regirá por la ley vigente en la República del Perú.*

*19.2. Las Partes conviene que todo litigio, conflicto, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico, o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia o terminación, incluso las del convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, con árbitro único, cuyo laudo será definitivo e inapelable de conformidad con los Reglamentos y Estatutos del Centro de Arbitraje de la Cámara*

<sup>54</sup> Página 7 del Informe. Punto 4.1.2.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 55 de 173
	INFORME	

de Comercio de Lima, a cuyas normas procesales, de administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

19.3 El Órgano Arbitral estará conformado por árbitro único, cuya designación y nombramiento se llevará a cabo de acuerdo a lo establecidos para dicho fin en los Reglamento Procesales y Estatutos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

19.4. Las Partes convienen que el lugar y sede del arbitraje sea la ciudad de Lima. El idioma aplicable al arbitraje será el castellano y el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la controversia será el peruano." (El énfasis es de ELECTRO DUNAS)

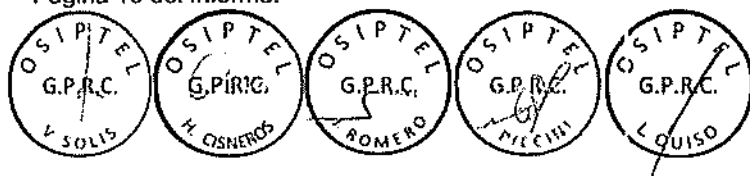
En tal sentido, ELECTRO DUNAS señala que las partes pactaron someterse a un proceso arbitral, en caso no llegaran a un consenso y resolver de forma satisfactoria la controversia. De esta manera, expresa que es contrario a la buena fe que, a pesar de lo pactado, ahora AZTECA pretenda desconocer el Contrato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

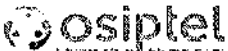
Asimismo, ELECTRO DUNAS menciona que, en el presente caso, no hubo falta de acuerdo como indica el OSIPTEL, sino que sí se concretó un acuerdo y este consenso se materializó con la suscripción del Contrato. Al respecto, señala que, como bien indica el OSIPTEL en el Informe, "el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso compartido de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo"<sup>55</sup>. De esta manera, ELECTRO DUNAS expresa que el OSIPTEL confirma que el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario, por tanto la finalidad de la norma, sería que primero las partes negocien y lleguen a un acuerdo para que en consecuencia se suscriba un contrato de acceso, mas no lo que aduce OSIPTEL, según el cual una modificación al contrato ya celebrado puede también ser objeto de mandato.

Asimismo, ELECTRO DUNAS señala que AZTECA PERÚ parece olvidar que ya tiene suscrito un contrato e informa maliciosamente a OSIPTEL que el escrito de agosto de 2017 fue presentado en el marco de lo dispuesto en el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, cuando el mismo OSIPTEL ha establecido que la emisión de un mandato es un mecanismo subsidiario. AZTECA señala de forma incorrecta lo siguiente: "En consecuencia, consideran que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando un contrato de acceso a la infraestructura, y ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución de un contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador."<sup>56</sup> ELECTRO DUNAS indica que el

<sup>55</sup> Página 6 del Informe.

<sup>56</sup> Página 10 del Informe.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 56 de 173

punto ii) señalado por AZTECA es una interpretación inexacta de la norma, debido a que los numerales 25.2 y 25.3 del Reglamento señalan lo siguiente:

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

(...)

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

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

ELECTRO DUNAS señala que el artículo 25.3 del Reglamento, cuando hace referencia al *plazo de 30 días hábiles señalado en el numeral precedente*, hace referencia al plazo de 30 días hábiles que tienen las partes para negociar y suscribir el contrato de compartición lo cual sí está establecido en el numeral 25.2, y hace referencia a la falta de consenso, siempre y cuando, no se haya suscrito un Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura. Agrega ELECTRO DUNAS que el OSIPTEL no debe intervenir emitiendo un mandato de compartición, debido a que los hechos como el Derecho están siendo tergiversados y manipulados, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto en cumplimiento de la ley y el marco regulatorio aplicable, cuando el asunto tiene consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

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


- **SOBRE LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR EL CONTRATO MEDIANTE UN MANDATO.**

ELECTRO DUNAS indica que queda claro que el mandato de compartición y el contrato de acceso y uso de infraestructura son procedimientos totalmente diferentes que persiguen un mismo fin, pero con características particulares. Por tal motivo, cuestiona la forma en la que el OSIPTEL busca amparar la solicitud realizada por AZTECA PERÚ, pues el Informe que sustenta el Proyecto de Mandato contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios a la seguridad jurídica de los contratos que se encuentra implícita en el derecho a la libertad contractual.

Agrega ELECTRO DUNAS que la seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico ha otorgado a los contratos a efectos de protegerlos de cualquier alteración que se pudiera producir por un elemento exógeno al mismo. Esta





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 57 de 173
	INFORME	

protección a los contratos se encuentra establecida en el artículo 62 de la Constitución:

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

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

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

*"Pero el vínculo tiene sobre todo una razón funcional. El contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y económicas. Pero no podría desplegar tales funciones, sino bajo el presupuesto de su valor vinculante para las partes. Si el contrato no fuera vínculo -o bien: si cada parte fuera libre de repudiar, modificar, violar los compromisos contractuales dados- nadie podría contar con la certeza y efectividad de sus derechos, a su vez ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de los propios contratos: en efecto, estos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían poco: y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico social saldría destruido."<sup>57</sup>*


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

*"Por consiguiente, conforme a la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, ante un requerimiento para suscribir un "contrato" de acceso y uso de infraestructura, con independencia de si su propósito es crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, que derive en una falta de acuerdo entre las partes, a solicitud de parte el OSIPTEL se encuentra habilitado a emitir el mandato respectivo definiendo las condiciones (técnicas, económicas, etc.) que no fueron acordadas por las partes."<sup>58</sup>*

<sup>57</sup> ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Gaceta Jurídica: Lima. Pag. 496

<sup>58</sup> Página 42 del Informe.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 58 de 173
	INFORME	

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

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

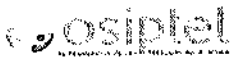
ELECTRO DUNAS considera importante mencionar que la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al OSIPTEL entrometerse en las relaciones contractuales de cualquier tipo, pues ninguna ley podría aprobar ese tipo de acciones que son abiertamente contrarias a lo establecido en el artículo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

Asimismo, ELECTRO DUNAS recalca que no existe ningún supuesto en el que una persona ajena a la relación contractual pueda modificar las condiciones de un contrato. Es un imposible jurídico que se produzca una modificación del Contrato en ausencia del consentimiento de las partes del mismo.

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

ELECTRO DUNAS señala que en el presente caso, AZTECA PERÚ pretende que OSIPTEL emita un mandato que modifique el Contrato, sustentándose en que existen infracciones a normas de orden público que establecen retribuciones máximas que no pueden ser excedidas en los contratos de acceso y uso de infraestructura. Desafortunadamente a decir de ELECTRO DUNAS, esta argumentación ha sido erróneamente amparada por el OSIPTEL a través del Proyecto de Mandato. Sin embargo, esta posición se encuentra errada, puesto que, aun cuando existiese una posible contradicción a las normas de orden público, esta afectación debería



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 59 de 173

subsanarse mediante la aplicación de los remedios jurídicos propios del Código Civil, uno de los cuales sería la declaración de nulidad de dicha cláusula (nuevamente, en sede judicial o arbitral, cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, ELECTRO DUNAS sostiene que la argumentación presentada por AZTECA PERÚ carece de sustento lógico jurídico, pues AZTECA PERÚ debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, basándose en esa supuesta contradicción a las normas de orden público.

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

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


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

**4.2.5.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ EN RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE ELECTRO DUNAS (Carta DJ-544/18 recibida el 21.03.2018).**

- **EL CONSEJO DIRECTIVO ES COMPETENTE PARA MODIFICAR LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PACTADAS A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE UN MANDATO**

AZTECA PERÚ señala que a criterio de ELECTRO DUNAS, 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. Al respecto, AZTECA PERÚ señala que ELECTRO DUNAS erradamente considera que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, y que OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que regirse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. AZTECA PERÚ



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 173

sostiene que 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.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición en este caso, como equivocadamente sostiene la contraparte. AZTECA PERÚ sostiene que corresponde recordarle a ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS, según señala AZTECA PERÚ.

Asimismo, AZTECA PERÚ refiere que como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, 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 agregados por AZTECA PERÚ).

AZTECA PERÚ precisa 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. Particularmente, la función normativa de OSIPTEL<sup>59</sup> es ejercida por su Consejo Directivo<sup>60</sup> y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

Agrega AZTECA PERÚ que en cuanto al despliegue y operación de la Red Dorsal, el artículo 32 de la Ley de Banda Ancha establece que OSIPTEL podrá dictar

<sup>59</sup> 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)


<sup>60</sup> 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	N° 00082-GPRC/2018 Página: 61 de 173
	INFORME	

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:

**"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."* (énfasis y subrayado agregados por AZTECA PERÚ)

**"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. (...)"* (énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

Por lo tanto, AZTECA PERÚ sostiene 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. Así pues, AZTECA PERÚ señala 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 ELECTRO DUNAS, sino que 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.

AZTECA PERÚ señala que lo que pretende ELECTRO DUNAS 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. AZTECA PERÚ precisa que la Ley N° 27332 y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento, señalando además, que ELECTRO DUNAS se equivoca cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias de 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.

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que, a diferencia de lo que ELECTRO DUNAS alega, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley N° 27332 y la Ley de Banda Ancha. AZTECA PERÚ precisa que, dicho 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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 173

reconocida en el marco legal, por lo 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 de OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

AZTECA PERÚ refiere adicionalmente el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento el cual 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, OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes<sup>61</sup>. Por ello precisa que 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.


En consecuencia, AZTECA PERÚ señala que en consecuencia, cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que 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.

AZTECA PERÚ señala también 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 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 OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en las que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

Asimismo, AZTECA PERÚ refiere que ELECTRO DUNAS alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la Red Dorsal no habilita a OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y

<sup>61</sup> Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en nuestros escritos anteriores, respecto de 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.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 63 de 173

modificar el Contrato de Compartición. Sin embargo, como AZTECA PERÚ señala haber 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.

AZTECA PERÚ señala también que, el hecho que 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.


Agrega AZTECA PERÚ que se puede advertir que ELECTRO DUNAS desvía la discusión de lo central, pues no es que OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, señala AZTECA PERÚ que lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. De ese modo, sostiene que este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada. En ese orden de ideas, AZTECA PERÚ señala 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.

Así pues, AZTECA PERÚ señala que como ha podido evidenciarse, 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, AZTECA PERÚ señala que, a diferencia de lo que argumenta ELECTRO DUNAS, 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, AZTECA PERÚ sostiene que lo desarrollado en el presente acápite ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo<sup>62</sup>, 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 de OSIPTEL para la emisión

<sup>62</sup> Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur (Este)



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 64 de 173
	INFORME	

de mandatos. Por el contrario, señala, que 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.

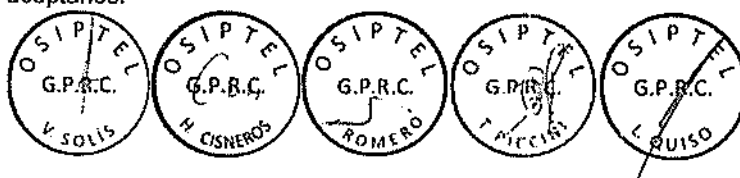
AZTECA PERÚ señala que debe recordarse que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>63</sup>. Sin embargo, refiere que, en mercados regulados como los de 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.

Así también, AZTECA PERÚ 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. AZTECA PERÚ sostiene que 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.


Así, AZTECA PERÚ sostiene 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 dicha empresa, 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).

AZTECA PERÚ precisa que se debe recordar que en el presente caso lo que dicha empresa 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, AZTECA PERÚ sostiene que el desacuerdo de la renegociación obedece a que ELECTRO DUNAS 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. AZTECA PERÚ señala que esta situación resulta insólita, pues ELECTRO DUNAS, quien alega erróneamente

<sup>63</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 65 de 173
	INFORME	

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.

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


- LA EMISIÓN DE UN MANDATO ES LA VÍA IDÓNEA PARA DEFINIR CONDICIONES ECONÓMICAS EN UNA RELACIÓN DE COMPARTICIÓN LUEGO DE QUE LAS PARTES NO HAYAN PODIDO ARRIBAR A UN ACUERDO EN UNA (RE)NEGOCIACIÓN**

AZTECA PERÚ refiere que ELECTRO DUNAS alegó que cualquier conflicto derivado de una relación contractual debe ser solucionado en la vía arbitral o judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 de la Constitución. Por ello, AZTECA PERÚ sostiene que a su equivocado criterio, la emisión de un mandato no es una vía idónea para que las partes puedan resolver algún desacuerdo derivado de la contraprestación inicialmente pactada por uso compartido de infraestructura, sino que por el contrario se trataría de un medio por el que OSIPTEL pretende desconocer todos los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato de Compartición.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, como lo han detallado en el acápite anterior, por el especial interés público que resguarda garantizar la operación del proyecto de la Red Dorsal y el uso compartido de infraestructura, la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición prevé que en ejercicio exclusivo de su función normativa-regulatoria el Consejo Directivo podrá dictar un mandato para fijar condiciones económicas que rijan entre las partes, luego de que no hubiesen podido arribar a un acuerdo. De esta manera, AZTECA PERÚ sostiene que la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo es una vía prevista en el ordenamiento jurídico para resolver cualquier falta de acuerdo que se pueda presentar entre un operador de telecomunicaciones y una empresa eléctrica cuando se encuentra (re)negociando sus términos contractuales, en el marco de una relación de compartición.

AZTECA PERÚ señala que el contexto existente entre ella y ELECTRO DUNAS se circunscribe a que ha solicitado la modificación de la contraprestación pactada a efectos de que se ajuste a lo máximo establecido legalmente en aplicación de la



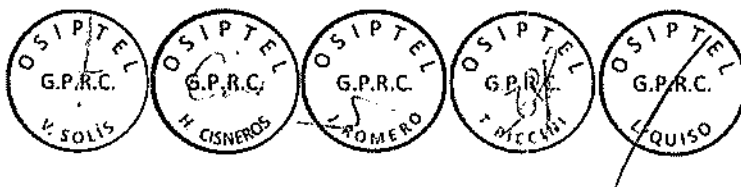
	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 173


Metodología y la empresa eléctrica no ha aceptado su propuesta de adecuación. Por ello, señala AZTECA PERÚ, que en tal escenario, a fin de que se garantice que se mantenga la relación de compartición de infraestructura y no se vea afectada la operación de la Red Dorsal, el Consejo Directivo se encuentra facultado para emitir un mandato que ponga fin al desacuerdo derivado de la renegociación de las condiciones económicas, fijando a cuando debe ascender la retribución por uso compartido de infraestructura, en atención a lo que establece la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

En tal sentido, AZTECA PERÚ sostiene que el OSIPTEL no pretende desconocer los acuerdos y tratativas que sirvieron para que las partes tomen la decisión de suscribir el Contrato de Compartición, como lo alega ELECTRO DUNAS, sino que por el contrario, la actuación de OSIPTEL, a través de la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo, está orientada a cautelar el respeto a las normas de acceso, entre ellas, las relativas al precio máximo. AZTECA PERÚ señala que solicitó adecuar la contraprestación lo que no fue aceptado por ELECTRO DUNAS, siendo así, el procedimiento que regula la ley es que se solicite un mandato. AZTECA PERÚ precisa que éste procede no sólo cuando nunca existió un acuerdo entre las partes, sino también cuando, pese a haber existido inicialmente, se busca modificar las condiciones inicialmente pactadas. De ese modo, AZTECA PERÚ sostiene que la actuación del Consejo Directivo es subsidiaria, pues únicamente intervendrá cuando las partes no hayan podido arribar un acuerdo por sí mismas.

AZTECA PERÚ agrega que ELECTRO DUNAS pretende desconocer que, en este caso, AZTECA PERÚ le propuso una modificación de la contraprestación, la cual no fue aceptada pese a las numerosas comunicaciones y explicaciones sobre la necesidad de que la contraprestación se ajuste al máximo legal. Así pues, señala que no están frente a una situación en la que OSIPTEL actúe arbitrariamente o sin tener competencia para ello, sino más bien ejerciendo tal competencia con plena observancia del marco legal. Por ello, AZTECA PERÚ señala que no es correcto afirmar que vaya a emitir un mandato y cambiar las condiciones económicas sin que haya existido una negociación previa entre las partes, como pretende sostener ELECTRO DUNAS sin sustento alguno. AZTECA PERÚ considera que se debe tener en cuenta que, de ningún modo un mandato del Consejo Directivo interfiere en los acuerdos entre las partes, sino que, por el contrario, busca determinar un aspecto de la relación contractual precisamente porque no existe acuerdo, para lo cual está expresamente facultado por ley.

Agrega AZTECA PERÚ que para mayor abundamiento, como ha señalado en repetidas oportunidades, en el presente procedimiento no se está discutiendo la interpretación de alguna cláusula contractual ni tampoco se busca resolver un problema ocasionado por la ejecución del contrato. Así, sostiene AZTECA PERÚ que no se está frente a una materia que pueda someterse al fuero judicial o arbitral, ni tampoco en un supuesto que haya sido contemplado en la cláusula arbitral del Contrato de Compartición, como erróneamente lo alega ELECTRO DUNAS.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 67 de 173

AZTECA PERÚ señala que ciertamente, en este caso la regulación de la contraprestación por el uso de infraestructura limita la libertad contractual de las partes, pues dicha contraprestación siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En ese orden de ideas, AZTECA PERÚ considera que debe reiterar que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA pueda renunciar o disponer. Por tanto, señala que si AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS 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 o un juez) debe intervenir a efectos de regular dicha condición.

Considera AZTECA PERÚ que por todo lo expuesto, la emisión de un mandato 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 ELECTRO DUNAS 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. En consecuencia, señala que tampoco se vulnera lo establecido en el artículo 62 de la Constitución que alega ELECTRO DUNAS, puesto que no existe una controversia que verse sobre alguna materia que pueda ser resuelta en vía arbitral o judicial, sino que el marco normativo vigente dispone que el conflicto entre las partes ante una renegociación infructuosa de la contraprestación sea resuelto a través de la emisión de un mandato.


- **EL CONTRATO DE COMPARTICIÓN NO ES INMUTABLE**

AZTECA PERÚ refiere que a criterio de ELECTRO DUNAS, el Contrato de Compartición no puede modificarse luego de su suscripción, puesto que vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado. Así, AZTECA PERÚ considera que erróneamente ELECTRO DUNAS pretende que continúe pagando una contraprestación basada en las condiciones de la negociación inicial, pese a que tal contraprestación es ilegal por contravenir el marco normativo en materia de compartición de infraestructura. Ello, señala AZTECA PERÚ, es lo que sucede con su contrato con ELECTRO DUNAS, en el que la contraprestación excede al menos tres (3) veces el precio máximo determinado por la aplicación correcta de la Metodología.

Al respecto, AZTECA PERÚ precisa que no están ante una norma posterior que modifique las condiciones bajo las cuales fue suscrito el contrato que vincula a ELECTRO DUNAS y AZTECA. En efecto, AZTECA PERÚ sostiene 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 imperativas<sup>64</sup> sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el

<sup>64</sup> 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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 173

despliegue y operación de la Red Dorsal, con respecto a la existencia de una contraprestación máxima regulada, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, AZTECA PERÚ señala que ELECTRO DUNAS conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esta condición.

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

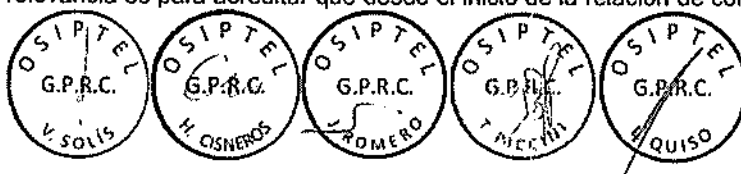
Asimismo, AZTECA PERÚ refiere que ELECTRO DUNAS hace mención a las comunicaciones previas a la suscripción del Contrato de Compartición deben ser consideradas, que determinan que AZTECA PERÚ voluntariamente aceptó la contraprestación inicialmente fijada por lo que, a su criterio, revelan que las partes acordaron la retribución de buena fe y sin ningún tipo de coacción. Sobre este punto, AZTECA PERÚ deja en claro que en el marco de una relación compartición las partes pueden renegociar algún aspecto del respectivo Contrato de Compartición pudiendo decidir de mutuo acuerdo la modificación de las condiciones que puedan haber sido inicialmente fijadas ello, inclusive en situaciones en las que existió un error en la determinación de alguna condición económica, como ha sucedido en el presente caso.

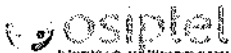
AZTECA PERÚ señala haber explicado en anteriores oportunidades, que la asimetría informativa existente para conocer los costos de las empresas eléctricas, así como los cortos plazos fijados en el Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal, constituyen circunstancias que facilitaron que, en las negociaciones iniciales con ELECTRO DUNAS se determinara erróneamente la contraprestación por uso de infraestructura, al aplicar incorrectamente la fórmula metodológica. Por ello, señala AZTECA PERÚ que tan pronto tuvo conocimiento y certeza de los valores correctos de las variables de la Metodología, solicitó a su contraparte la modificación de la contraprestación inicialmente pactada, a fin de que no excediera el precio máximo legal que puede ser exigible.

Añade AZTECA PERÚ que es evidente que, en el escenario actual en el cual le solicitó a ELECTRO DUNAS la modificación de la contraprestación por exceder el máximo legal, no tiene relevancia las comunicaciones de la negociación primigenia, que fueron previas a la suscripción del Contrato de Compartición, pues precisamente dicho acuerdo inicial es el que se quiere modificar<sup>65</sup>. Por tanto, AZTECA PERÚ

*pena de sanción*" [ESCOBAR ROZAS, Fredy y Guillermo CABIESES CROVETTO. "La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad". En: *Ius Et Veritas*, N.º 46, 2013, p. 121]

<sup>65</sup> Cabe señalar que el único escenario en el que las comunicaciones de la negociación primigenia tienen relevancia es para acreditar que desde el inicio de la relación de compartición la contraprestación vulneró



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 173

sostiene que no hay sustento jurídico alguno para que el Consejo Directivo deba considerar las referidas comunicaciones iniciales al emitir su mandato de compartición; por el contrario, únicamente debe determinar la retribución en atención a la normativa vigente y la aplicación de los valores correctos de la Metodología.

Concluye AZTECA PERÚ haber demostrado que el Contrato de Compartición no es inmutable, menos aun cuando se advierte que su contraprestación vulnera normas imperativas, por lo que resulta un despropósito pretender que las partes tengan que sujetarse a las comunicaciones que sostuvieron antes de la suscripción del pacto y continuar con ello contraviniendo el marco legal. Así, AZTECA PERÚ señala que la modificación del Contrato de Compartición en este caso es necesaria, pues ELECTRO DUNAS ha venido exigiendo el pago de una retribución al menos tres veces mayor a lo que fijó como límite el Reglamento.

#### 4.2.5.4 COMENTARIOS DE ELECTRO DUNAS RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Escrito N° 10 recibido el 22.03.2018).

- **LA LEY N° 29904 NO HA FACULTADO A OSIPTTEL A DETERMINAR LA RETRIBUCIÓN POR ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA, SINO AL MTC.**

ELECTRO DUNAS sostiene que el Informe elaborado por Macroconsult y los cuestionamientos económicos a un eventual mandato que modifique el valor de "Na" sólo son el reflejo de la falta de competencia que aqueja OSIPTTEL en el presente procedimiento. Reitera ELECTRO DUNAS que el OSIPTTEL no es competente para resolver el presente caso, porque la misma Ley N° 29904 y su Reglamento han sentado normativamente una metodología de cálculo, la cual sólo puede ser modificada, en algunos extremos mediante Resolución Viceministerial y, en otros, por modificación normativa mediante otra norma con rango reglamentario. No sólo ello, sino que además se entromete arbitrariamente en una relación contractual, en la cual las partes ya han fijado las retribuciones correspondientes.


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

**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.  
(...)

el precio máximo determinado en aplicación de la Metodología, al utilizar un valor incorrecto para el denominador "Na".



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 70 de 173
	INFORME	

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.

(...)

ELECTRO DUNAS sostiene que conforme a la citada norma, el Reglamento dispuso claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. Agrega ELECTRO DUNAS que la metodología descrita en dicho Anexo 1 involucró distintas variables denominadas "m", "l", "h", "g" y una variable "Na" cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

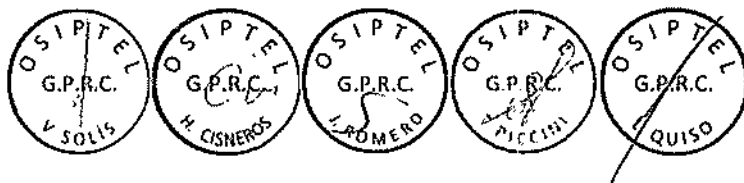
$$B = 1/Na$$


Donde Na: número de arrendatarios

El Anexo 1 estableció que los valores otorgados a las variables "m", "l", "h" y "f" podían ser modificados mediante resolución viceministerial del Viceministerio de Comunicaciones. Sin embargo, no se señaló lo mismo respecto a la variable "Na". A decir de ELECTRO DUNAS:

- a) Bajo una interpretación a contrario, otras variables que no sean los valores "m", "l", "h" y "f" no pueden ser modificadas por Resolución del Viceministro de Comunicaciones.
- b) Lo señalado en a) no significa que las demás variables permanezcan fijas, sino que podrán ser modificadas como toda norma lo es: por una norma posterior del mismo rango. En este caso, una norma reglamentaria que modifique el Anexo N° 1 podría establecer un nuevo valor al componente "Na".
- c) No se señala ninguna competencia de OSIPTEL en lo que corresponde al cálculo de la retribución. Este cálculo, así como la modificación de la metodología, han sido dejados en normas reglamentarias y en la decisión del Viceministerio de Comunicaciones (únicamente para los casos de las variables "m", "l", "h" y "f").

ELECTRO DUNAS señala que teniendo en cuenta lo anterior, el marco regulatorio aplicable al Contrato es bastante claro: sólo por normas reglamentarias o por resolución viceministerial (para algunas variables) se puede modificar la metodología de cálculo de la retribución o algunas de sus variables. ELECTRO DUNAS indica que por este motivo, carece de fundamento jurídico la pretensión de modificar la variable "Na" y es ilegal que el Proyecto de Mandato bajo este procedimiento proponga la



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 71 de 173
	INFORME	

modificación de dicha variable cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, el Reglamento) deja sentado bajo Decreto Supremo el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na". OSIPTEL carece, por tanto, de competencia para modificar los valores de la metodología aprobada por el Reglamento de la Ley N° 29904.

Agrega ELECTRO DUNAS que la incompetencia de OSIPTEL para entrometerse en el cálculo de la retribución se desprende también del artículo 32 de la Ley de Banda Ancha, el cual señala que OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículo 13<sup>66</sup> y 15<sup>67</sup> de esta norma, y de sancionar las conductas tipificadas en el

<sup>66</sup> 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.

13.2 Las empresas de energía eléctrica bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE facilitarán el acceso y uso de su infraestructura, observando el siguiente orden de prelación:

- a. La ejecución de proyectos de telecomunicaciones promovidos por el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL, así como los efectuados por los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el cumplimiento de sus obligaciones específicas con el Estado.
- b. La ejecución de proyectos de telecomunicaciones a cargo de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones.


13.3 Para efectos de este artículo, entiéndase por infraestructura a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, derechos de vía, e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos. El reglamento podrá considerar definiciones adicionales para conceptos no contemplados en la presente Ley.

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

- 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.

<sup>67</sup> Ley de Banda Ancha



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 173

artículo 30<sup>68</sup> de esta Ley. ELECTRO DUNAS señala que de ninguna de estas funciones se desprende que OSIPTEL deba fijar o modificar la retribución. OSIPTEL podrá dictar mandatos en caso no exista contrato celebrado entre AZTECA PERÚ y el concesionario correspondiente, pero el cálculo de la retribución ha sido dejado únicamente a la norma reglamentaria y a la resolución del viceministro de comunicaciones en determinadas variables.

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

Asimismo, ELECTRO DUNAS señala el Proyecto de Mandato modifica e interviene ilegalmente en la retribución pactada con AZTECA PERÚ, empleando los criterios para determinar la contraprestación por compartición que recoge el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, el cual no es aplicable al presente caso. ELECTRO DUNAS indica que el OSIPTEL omite en este extremo que la Ley N° 29904 ha delegado a su Reglamento el desarrollo de la Metodología para calcular la retribución por el acceso y uso de infraestructura, siendo

#### **Artículo 15. Obligaciones de los concesionarios en la instalación y desarrollo de Infraestructura**

En la instalación y despliegue de infraestructura necesaria para la Banda Ancha, los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones asumirán las siguientes obligaciones específicas:

- a. Adoptar las acciones necesarias a fin de garantizar que no se afecte la prestación de otros servicios, ni se generen daños a la infraestructura de uso público ni a la de terceros.
- b. Asumir la responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionen como consecuencia de la instalación y operación de infraestructura necesaria para la expansión de la Banda Ancha.

#### **68 Ley de Banda Ancha**

#### **Artículo 30. Tipificación de infracciones**

30.1 Serán consideradas infracciones muy graves:

- a. La negativa injustificada a facilitar el acceso y uso de la infraestructura a que se refiere el artículo 13.
- b. El acceso no autorizado a la infraestructura de los servicios de energía eléctrica o hidrocarburos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.


30.2 Constituyen infracciones graves:

- a. Negarse a proporcionar o proporcionar información incompleta referida al tendido de fibra óptica realizado a nivel nacional, el uso actual y el proyectado, así como toda aquella información necesaria para el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de Banda Ancha.
- b. Incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada.

30.3 El reglamento de la presente Ley podrá contemplar otros supuestos de infracciones muy graves, graves y leves, los criterios para la determinación de la infracción y la graduación de las multas.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 73 de 173

estas normas de carácter especial y las únicas aplicables a los casos de mandatos de compartición en el proyecto de Red Dorsal. En efecto, señala ELECTRO DUNAS, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 desarrolla en extenso cómo se calcula la retribución y en qué únicas variables se pueden realizar modificaciones (variables “m”, “l”, “h” y “f”) y quién es el competente para aprobar dichas modificaciones (el Viceministerio de Comunicaciones). Por tanto, en los procedimientos de mandato que se inicien bajo la Ley N° 29904 y en los cuales se discuta la retribución -como ocurre en el presente caso- la competencia de OSIPTEL se agotará en los márgenes que ha fijado el Anexo 1 del Reglamento, no siendo competente esta entidad para fijar nuevos valores a las variables de dicho Anexo.

ELECTRO DUNAS señala que debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 70 de la LPAG, *“la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan”*. En el presente caso, indica ELECTRO DUNAS, ni la Ley N° 29904 ni su Reglamento han otorgado competencias a OSIPTEL para fijar y mucho menos modificar retribuciones de compartición sobre la base de *“únicamente (...) el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular”* (como señala el artículo 34 de la Ley N° 28295), sino que por el contrario, la misma Ley N° 29904 ha dejado delegado en el Reglamento la metodología para el cálculo de dicha retribución sobre la base de un factor “Na” cuyo valor -conforme lo hemos señalado a lo largo del procedimiento- no ha sido modificado y prevalece como número efectivo de arrendatarios, conforme han entendido tanto las partes en el Contrato de Acceso y Uso de infraestructura celebrado.


Por tanto, ELECTRO DUNAS señala que el OSIPTEL debe abstenerse de dictar un mandato de compartición como aquél que sugiere el Informe que sustenta el Proyecto de Mandato, pues a su entender estaría cometiendo una clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia. En ese sentido, ELECTRO DUNAS solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL tener presentes los argumentos antes expuestos y rechazar la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA.

#### 4.2.6 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

##### 4.2.6.1 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 Informe N° 00009-GPRC/2018 –que sustenta 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 ELECTRO DUNAS, en torno a las



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 173

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 respecto de la posición manifestada por ELECTRO DUNAS sobre el Proyecto de Mandato, la posición del OSIPTEL se expresa a continuación, al analizar los comentarios de esta concesionaria eléctrica.

#### 4.2.6.2 Respetto de los comentarios de ELECTRO DUNAS:

- ***Sobre la supuesta imposibilidad para el OSIPTEL de emitir un mandato ante la existencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura.***

ELECTRO DUNAS señala que conforme al artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, las funciones del OSIPTEL respecto de la emisión de un mandato se compartición se agotan en el momento en que las partes celebran un contrato de acceso y uso de infraestructura que crea una relación de compartición de infraestructura; siendo imposible que durante el desarrollo de la referida relación se emita mandato alguno pues ello sería violatorio del artículo 62 de la Constitución.

Al respecto, se debe enfatizar que el entendimiento de ELECTRO DUNAS respecto del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 no se deriva del texto de esta norma y es incoherente con el marco constitucional y legal en el que debe aplicarse dicha disposición reglamentaria.

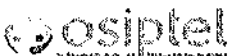
En efecto, ELECTRO DUNAS omite considerar que la relación de compartición de infraestructura que creó con AZTECA PERÚ el 17 de diciembre de 2014, se encuentra en un ámbito en el que la iniciativa privada debe ser ejercida necesariamente conforme a reglas que define el Estado, en tanto se refiere a provisión de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos y ésta una materia constitucionalmente reservada para la actuación principal del Estado. Así lo dispone expresamente el artículo 58 de la Constitución<sup>69</sup>.

Bajo dicho precepto constitucional, el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo han dictado normas para promover la prestación y masificación de servicios públicos de telecomunicaciones, facilitando el uso compartido y eficiente de la infraestructura disponible de otros servicios públicos, y eliminando fallas de mercado que podrían afectar dicha compartición. Este es el caso de la Ley N° 29904 y su Reglamento.

En ese sentido, la Ley N° 29904 es una ley que, en su artículo 13, restringe la autonomía de la voluntad privada y las libertades de contratar y de estipulación de los titulares de la infraestructura de energía y de los usuarios de esta infraestructura, con

<sup>69</sup> "Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." [el subrayado es agregado]



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 75 de 173
	INFORME	

el objetivo de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones masifiquen el acceso y uso de la Banda Ancha. Ello, sobre la base de la previa declaración de necesidad pública e interés nacional contenida en el artículo 3, numeral ii), de la propia Ley N° 29904.

En este punto, se debe recordar que el marco constitucional admite la limitación, restricción o intervención sobre las libertades y derechos de los particulares, cuando ello resulta necesario, entre otros fines, para tutelar bienes de relevancia jurídica constitucional. En diferentes pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente<sup>70</sup>:

"26. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto."

[el énfasis es agregado]


Ahora bien, cabe indicar que la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión legislativa contenida en el artículo 13 de la Ley N° 29904, radica en el hecho de que la infraestructura eléctrica es una facilidad esencial para el desarrollo de redes de telecomunicaciones, que brinda a los titulares de dicha infraestructura información asimétrica y poder de negociación frente a los solicitantes de la infraestructura que, en ausencia de intervención regulatoria, puede llevar a soluciones ineficientes que se trasladarán dichas ineficiencias a mercados finales, reduciendo para la población la oferta de servicios de Banda Ancha y/o incrementando los costos para su acceso. Por ello, el propio Congreso de la República ha dispuesto que en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones, el Estado intervenga a través de un Organismo Regulador para asegurar el uso de la infraestructura eléctrica en condiciones de eficiencia, como medio para promover la competencia y expansión en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de Banda Ancha.

Por consiguiente, cuando ELECTRO DUNAS hace referencia al artículo 62 de la Constitución y a la presunta vulneración de sus libertades de contratar y de estipulación, omite considerar lo siguiente:

- (i) La autonomía de la voluntad privada, así como las libertades de contratar y de estipulación de los concesionarios de energía eléctrica y de los operadores de telecomunicaciones, en lo que se refiere a la provisión del acceso y uso de

<sup>70</sup> Cfr. fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el EXP. N.° 00004-2010-PI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 76 de 173

infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, se encuentra restringida por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, a efectos de hacer posible la masificación del acceso y uso del servicio público de acceso a Internet de Banda Ancha, en todo el territorio nacional y en condiciones de competencia. Ello se observa con claridad en el artículo 13.1 de la Ley N° 29904, cuando impone a los concesionarios de energía la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, para hacer posible el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha, limitando a dichos concesionarios la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente.

- (ii) En particular, siendo que en el presente procedimiento se discute la retribución que debe ser aplicada por la provisión del referido acceso y uso, se debe tener sumamente presente que las libertades de estipulación del concesionario de energía eléctrica y del operador de telecomunicaciones, se encuentra limitada por el artículo 13.4 de la Ley N° 29904, que establece que las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura compartida se determinan con una metodología también definida normativamente.

En ese sentido, para el OSIPTEL queda sumamente claro que la autonomía de la voluntad privada y las libertades constitucionales de contratar y de estipulación, establecidas en el artículo 62 de la Constitución, tienen límites especiales cuando se ejercitan en una materia dentro del ámbito de la Ley N° 29904, para crear, modificar, regular o extinguir las relaciones de compartición de infraestructura que permitan el despliegue de redes de telecomunicaciones para masificar la Banda Ancha.


Precisado lo anterior, se debe enfatizar que el entendimiento de ELECTRO DUNAS del artículo 62 de la Constitución, según el cual no resulta posible que un mandato modifique un contrato que crea una relación jurídica de compartición de infraestructura sujeto a la Ley N° 29904, es incorrecto, por lo siguiente:

- (i) El artículo 62 de la Constitución, cuando se refiere a relaciones contractuales que surgen en el ámbito de la Ley N° 29904, se debe aplicar no solo de manera coherente con el precitado artículo 58 de la Constitución, sino con el artículo 61 que impone al Estado el deber de facilitar la libre competencia –en este caso, en los mercados de telecomunicaciones haciendo un uso eficiente de la infraestructura disponible- y con el artículo 119 de la Constitución, por el cual se asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- la atribución de dirigir los servicios públicos<sup>71</sup>. Bajo dicho marco constitucional, el OSIPTEL ejerce las funciones que le han sido encomendadas a través de una ley orgánica<sup>72</sup>, relativas a la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado*

<sup>71</sup> Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.

<sup>72</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.




	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 173

*funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”.*

- (ii) Considerando dicho marco constitucional -dogmático y orgánico-, el Congreso de la República estableció en el artículo 32 de la Ley N° 29904, que el OSIPTEL *“es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 (...) de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias”*. En ese sentido, el OSIPTEL ha recibido la atribución de dictar aquellas disposiciones que resulten necesarias para que el artículo 13 de la Ley N° 29904 -que establece los límites a la autonomía privada, a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación antes expuestos-, se cumplan.
- (iii) Contando con el referido marco constitucional y legal, el Poder Ejecutivo reglamentó el artículo 13 de la Ley N° 29904 considerando un esquema regulatorio que, conservando la responsabilidad legal del OSIPTEL de velar por el cumplimiento del artículo 13 en mención, promovió el acercamiento de las partes (concesionario de energía y operador de telecomunicaciones) para el establecimiento y regulación consensuada de su respectiva relación de compartición de infraestructura. Sin embargo, de manera consistente con el artículo 32 de la Ley N° 29904, la reglamentación del precitado artículo 13 previó el supuesto en el cual el referido acercamiento no terminara en un acuerdo entre las partes, supuesto en el que correspondería al OSIPTEL intervenir dictando las disposiciones específicas que permitieran dar cumplimiento a dicho artículo 13, en una relación de compartición de infraestructura en concreto.
- (iv) Cabe indicar que una alternativa distinta de reglamentación de la Ley N° 29904 con amparo legal, bien pudo haber sido que el OSIPTEL dictase las reglas específicas y necesarias para la compartición de un caso concreto, prescindiendo del acercamiento previo de las partes y que, en cualquier caso, el referido acercamiento fuese promovido por el OSIPTEL con posterioridad a la recepción de una solicitud de intervención. Sin embargo, el Poder Ejecutivo optó por la alternativa de promover acuerdos consensuados entre las partes en línea con soluciones adoptadas en otras materias de acceso obligatorio a instalaciones esenciales, en las que se prevé una intervención subsidiaria del regulador (p.ej. interconexión, infraestructura del Proveedor Importante). Sin embargo, en ningún caso el esquema de reglamentación que adoptó el Poder Ejecutivo pudo haber omitido o dejado sin contenido la función que la Ley N° 29904 otorgó al OSIPTEL, de velar por el cumplimiento del artículo 13 de la Ley N° 29904 y por el cual, en su condición de Organismo Regulador, debe establecer reglas para el desarrollo eficiente de las relaciones de compartición de infraestructura.
- (v) Las relaciones de compartición de infraestructura son relaciones de largo plazo por su naturaleza económica y técnica. En efecto, estas relaciones tienen por objeto el uso remunerado de infraestructura eléctrica por redes de



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 173

telecomunicaciones, por un tiempo que permita hacer viable un proyecto de inversión de telecomunicaciones, que de ordinario afronta costos elevados que se constituyen en barreras económicas para la expansión y creación de competencia en los mercados de telecomunicaciones. Un ejemplo de la naturaleza de largo plazo que se menciona, es el hecho que en el mismo Contrato las partes hayan acordado que *“estará vigente desde la fecha en que sea suscrito por las Partes y por todo el plazo en que el Contrato de Concesión RDNFO se encuentre vigente”*<sup>73</sup> y éste es de veinte (20) años, en principio, puesto que dicho plazo podría ampliarse<sup>74</sup>. En relaciones jurídicas como las indicadas, lo esperable y razonable, económica y técnicamente, es que se puedan producir cambios en la configuración de la relación de compartición.

(vi) En el contexto jurídico y fáctico antes descrito, resulta legal, económica y técnicamente *imposible* que el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, contenga una disposición que haga referencia *“exclusiva”* y *“única”* –como lo sostiene ELECTRO DUNAS- a un escenario en el cual *“previamente no exista ningún contrato entre las partes”*. Las referencias que menciona el concesionario eléctrico no se indican en ninguna parte del texto del citado artículo y menos aún podrían encontrarse implícitas en éste. Por el contrario, dicho artículo se refiere a un procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica por las redes de telecomunicaciones y esta prestación regulada es -como se ha señalado previamente- de largo plazo y debe ser duradera y sostenible para poder materializar el objeto de la Ley N° 29904, de desarrollar y masificar la Banda Ancha en todo el territorio nacional. Se reitera que, bajo la realidad técnica y económica que subyace a las relaciones de compartición de infraestructura, el OSIPTEL ha recibido la atribución legal –dentro del marco constitucional respectivo- de dictar las disposiciones específicas que resulten necesarias para que se cumpla con la compartición de infraestructura obligatoria establecida en el artículo 13 de la Ley N° 29904, y dicha necesidad puede existir al inicio, durante o incluso para extinguir una relación de compartición de infraestructura.

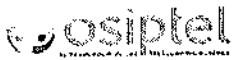
(vii) El Código Civil regula supletoriamente las relaciones contractuales sobre las cuáles existe actividad interventora del Estado sobre mercados regulados<sup>75</sup>, siempre que sus disposiciones no sean incompatibles por su naturaleza. Aplicando los conceptos legales que este cuerpo normativo define con alcance general, resulta *imposible* llegar al entendimiento –que pretende sostener ELECTRO DUNAS- según el cual un *“contrato”* tiene por único y exclusivo fin la *creación* de relaciones jurídicas, y que está vedado a los fines de un *“contrato”* la *regulación, modificación o extinción* de dichas relaciones. Al respecto, se

<sup>73</sup> Cfr. con la Cláusula Quinta del Contrato.

<sup>74</sup> Cfr. con la Cláusula 7: Plazo de la Concesión. del contrato de concesión de la RDNFO de titularidad de AZTECA PERÚ.

<sup>75</sup> Cfr. con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 79 de 173

debe recalcar que un contrato es lo que la ley claramente establece qué es, y no lo que alguien –incorrectamente- quiera forzar que sea.

(viii) En consecuencia, el entendimiento de ELECTRO DUNAS respecto del artículo 62 de la Constitución, según el cual asume que la libertad de contratar es un derecho absoluto y/o que al ejercerse en relaciones de compartición de infraestructura carece de regulación adicional a la del Código Civil, es un entendimiento jurídico incorrecto y debe ser descartado de plano, pues anula los efectos de: (a) los artículos 58, 61 y 119 de la Constitución, según lo señalado en párrafos precedentes; (b) los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, que limitan libertades de los concesionarios de energía y atribuyen competencia al OSIPTEL para intervenir en las relaciones de compartición de infraestructura para las redes de Banda Ancha; y (c) los artículos de las Leyes N° 27332 y N° 29158 que establecen la función normativa de los Organismos Reguladores para actuar sobre mercados vinculados a la provisión de servicios públicos e infraestructura de uso público.

De manera complementaria a lo señalado, y aun cuando en el presente procedimiento de emisión de mandato de compartición no se ejerce la función de solución de controversias que la ley confiere a los Organismos Reguladores, se considera importante recordar que la disposición contenida en el artículo 62 de la Constitución, relativa a la solución de conflictos contractuales en la vía arbitral o en la judicial -mencionada por ELECTRO DUNAS en sus comentarios-; ha sido también desarrollada legislativamente por la Leyes N° 27332<sup>76</sup> y N° 29158<sup>77</sup> cuando se aplica respecto de relaciones contractuales existentes en mercados sujetos a regulación económica, al haber sido ponderada con las disposiciones constitucionales que sustentan la necesidad de la actividad regulatoria del Estado en la provisión de servicios públicos, expansión de la infraestructura de uso público, promoción de la competencia o protección de los derechos de los usuarios de dichos servicios.


En efecto, como no debe escapar al conocimiento de ELECTRO DUNAS por las actividades reguladas que realiza en el sector energía, los organismos reguladores cuentan con la función de solución de controversias definida por la citada 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"*. En esa línea, la Ley N° 27336<sup>78</sup> establece que el OSIPTEL, en ejercicio de su función de solución de controversias, *"es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u*

<sup>76</sup> Cfr. con el artículo 3, numeral 3.1, literal e), de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

<sup>77</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 3, de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>78</sup> Cfr. con el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 173

*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".*

Sin perjuicio de lo aclarado, se recalca que en el presente procedimiento el OSIPTEL no ejerce una función de solución de controversias, sino una función normativa conforme al artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332, concordado con el artículo 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, así como con el artículo 23 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

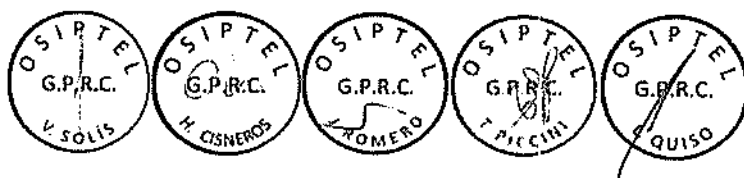
En consecuencia, se deben desestimar los argumentos de ELECTRO DUNAS según los cuales las funciones del OSIPTEL respecto de la emisión de un mandato de compartición se agotan en el momento en que las partes celebran un contrato de acceso y uso de infraestructura que crea una relación de compartición de infraestructura.

En modo distinto, la función normativa que el Consejo Directivo del OSIPTEL ejerce en el presente procedimiento de emisión de mandato, a efectos de modificar las condiciones económicas que AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS aplicarán en la relación de compartición de infraestructura creada mediante el contrato de fecha 17 de diciembre de 2014; tiene amparo en los artículos 58, 61, 62 y 119 de la Constitución, así como en las disposiciones antes citadas de las Leyes N° 27332 y N° 29158 y N° 29904, y, ciertamente, en el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 y el concepto legal de contrato definido en el Código Civil.


- ***Sobre la supuesta imposibilidad de emitir un mandato que modifique una condición económica aplicable a una relación de compartición creada mediante un contrato.***

ELECTRO DUNAS sostiene que el informe que sustenta el Proyecto de Mandato contiene argumentos contradictorios a la seguridad jurídica de los contratos, que indica se encuentra implícita en el derecho a la libertad contractual. Sostiene además ELECTRO DUNAS que la seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los contratos a efectos de protegerlos de cualquier alteración que se pudiera producir por un elemento exógeno al mismo, siendo que la importancia de la seguridad jurídica del vínculo contractual es la razón de la existencia del contrato en la organización económica de la sociedad. Indica asimismo que la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al OSIPTEL entrometerse en las relaciones contractuales de cualquier tipo.

Al respecto, en primer término, se debe reiterar que el derecho a la libertad contractual que invoca ELECTRO DUNAS, no es un derecho absoluto y ha merecido un desarrollo legislativo específico por la Ley N° 29904, para los casos en que dicho derecho se ejercita respecto de la provisión de infraestructura necesaria para la Banda Ancha.



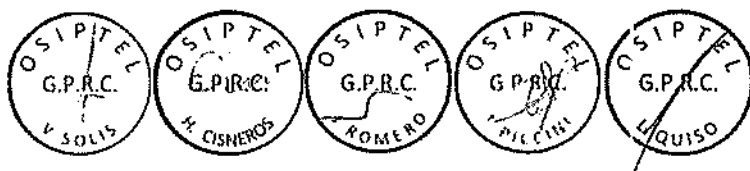



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 81 de 173

Este tema ha sido desarrollado en párrafos precedentes del presente informe, a los cuales nos remitimos para mayor referencia.

Complementando a lo anterior, se debe señalar lo siguiente:

- (i) El marco constitucional, legal y reglamentario, que habilita la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento, se encontraba en vigor al momento en que AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS decidieron crear una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, mediante un contrato celebrado el 17 de diciembre de 2014. En ese sentido, la seguridad jurídica que alega ELECTRO DUNAS se encontraba delimitada legalmente por el referido marco jurídico al momento de la creación de la relación de compartición que es objeto del presente pronunciamiento, y el hecho que dicho concesionario eléctrico haya tenido un entendimiento incorrecto del marco jurídico aplicable al celebrar los referidos contratos, no justifica en modo alguno que se alegue una –inexistente- vulneración a la seguridad jurídica.
- (ii) En efecto, ELECTRO DUNAS asumió –erróneamente- al celebrar el contrato antes mencionado, que su autonomía de voluntad y sus derechos a la libertad de contratar y libertad contractual, carecían de los límites que le imponen los artículos 58 y 119 de la Constitución, en cuyo marco se dictaron los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y que, según se ha señalado en párrafos precedentes, restringen las libertades de contratar y de estipulación de los concesionarios de energía para favorecer la expansión de redes de telecomunicaciones, a efectos que el servicio público de acceso a Internet de Banda Ancha se masifique a nivel nacional en condiciones de competencia. Como se ha señalado en párrafos precedentes, uno de los límites a la libertad contractual que dispone la Ley N° 29904, se encuentra contenido en su artículo 13.4, literal b, que se refiere al precio que éstos tienen derecho a cobrar a los operadores de telecomunicaciones, por la provisión del acceso y uso de su infraestructura. El referido precio, por disposición legal, se determina conforme a una metodología establecida normativamente que calcula un precio máximo. Cabe indicar que el análisis de los comentarios adicionales de ELECTRO DUNAS sobre la aplicación de la referida metodología en la relación de compartición que es objeto de evaluación, será efectuado en acápite subsiguientes.
- (iii) El contrato de compartición sujeta a la Ley N° 29904 cumple las funciones de crear, modificar, regular o inclusive extinguir relaciones de compartición, por consenso entre las partes. En ese sentido, es un mecanismo por el cual las partes de una relación de compartición, la configuran o reconfiguran de común acuerdo, aplicando la normativa del caso. Sin embargo, ante la falta de acuerdo entre las partes respecto de las condiciones de la compartición, el mecanismo por el cual se debe definir o redefinir la condición específica, es el mandato de compartición. En ese sentido, el contrato de compartición sujeta a la Ley N° 29904 no tiene –ni podría tener- los mismos límites para el ejercicio de la



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 173


autonomía privada, que otros contratos que versan sobre materias o relaciones jurídicas no reguladas.

- (iv) ELECTRO DUNAS pretende que la seguridad jurídica avale precios pactados por AZTECA PERÚ, aun cuando no se haya observado la regla del precio máximo antes indicado. Asimismo, olvida señalar que es su propia contraparte contractual la que le ha solicitado modificar los términos de un contrato por otros que se sujeten a la regla legal del precio máximo regulado. En ese sentido, frente a la solicitud de AZTECA PERÚ para modificar las condiciones económicas aplicables a su relación de compartición, resultaba predecible la actuación que desarrollaría 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 y sujetarla al precio máximo regulado.
- (v) El entendimiento de ELECTRO DUNAS respecto a que la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al OSIPTEL *"entrometerse en las relaciones contractuales de cualquier tipo"*, es también erróneo. En primer lugar, el OSIPTEL no se *"entromete"* en las relaciones contractuales de las empresas que realizan actividades reguladas en el ámbito de sus atribuciones; en modo distinto, el OSIPTEL interviene en las referidas relaciones ejerciendo su función normativa para asegurar el cumplimiento del marco legal aplicable y adoptar soluciones que promuevan la eficiencia en mercados regulados. En segundo lugar, el referido entendimiento no considera que el artículo 32 de la Ley N° 29904 asigna al OSIPTEL la atribución de dictar las disposiciones que resulten necesarias para que se cumplan las disposiciones del artículo 13 de la propia Ley. Dicha atribución se ejerce en concordancia con el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 que, si bien promueve la adopción de soluciones consensuadas entre las partes que se plasmen en contratos de compartición, establece que ante la falta de acuerdo y a solicitud de la parte respectiva, el OSIPTEL debe intervenir respecto de una relación de compartición, en cuyo caso dictará las disposiciones específicas que resulten necesarias para que se cumpla el artículo 13 de la citada Ley que, como se reitera, dispone la compartición obligatoria de la infraestructura de energía como medio para masificar la Banda Ancha.

Por consiguiente, corresponde desestimar los cuestionamientos de ELECTRO DUNAS a la fundamentación efectuada en el Proyecto de Mandato, respecto a la posibilidad de emitir un mandato que modifique una condición económica aplicable a una relación de compartición creada mediante un contrato sujeto a la Ley N° 29904.

Se reitera que las alegaciones a la supuesta vulneración al principio de Seguridad Jurídica de los contratos son incorrectas, por cuanto asume que su autonomía privada y sus libertades de contratar y contractual son irrestrictas pese a los límites expresamente previstos a dichos derechos por la citada Ley N° 29904, siendo que dichos límites: (a) estuvieron vigentes cuando creó su relación jurídica de compartición



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 83 de 173

de infraestructura con AZTECA PERÚ mediante el contrato celebrado el 17 de diciembre de 2014, y (b) son límites que subsisten a la fecha.


De otro lado, ELECTRO DUNAS sostiene que *"la única forma de proceder de forma coherente con los argumentos expresados por el OSIPTEL (...) sería que, antes de emitir el mandato, requiera a AZTECA recurrir al órgano jurisdiccional (en este caso, al arbitraje), a efectos de que éste declare la supuesta nulidad del Contrato en el extremo referido a la retribución económica"*. Al respecto, se debe reiterar que el presente procedimiento de emisión de mandato no tiene por objeto declarar si un pacto contractual es válido o inválido, o si se ejecuta o no conforme a la común intención de las partes, o cualquier otro pronunciamiento que amerite dilucidar los efectos de un acuerdo previamente establecido por las partes. Es por ello que en el presente procedimiento no son materia de análisis las consideraciones que tuvieron AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS para celebrar el contrato de fecha 17 de diciembre de 2014. Ello, por cuanto el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de funciones jurisdiccionales y de solución de controversias entre empresas reguladas.

En modo distinto, en el presente procedimiento, el Consejo Directivo emite un pronunciamiento dirigido a reconfigurar las condiciones económicas de la relación de compartición creada por AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, con estricta sujeción a la legislación en cuyo marco se creó la relación de compartición en cuestión (Ley N° 29904). Se reitera que dicha intervención subsidiaria del OSIPTEL se produce puntualmente ante la falta de acuerdo entre las partes, luego de la etapa de negociación iniciada por AZTECA PERÚ el 18 de agosto de 2017, para modificar las condiciones económicas de la relación de compartición de infraestructura creada y regulada mediante el ante citado contrato de fecha 17 de diciembre de 2014.

Es oportuno precisar que, del mismo modo en que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de funciones jurisdiccionales, un órgano jurisdiccional carece de función normativa, como también lo sostiene ELECTRO DUNAS al indicar en sus comentarios al Proyecto de Mandato que *"la labor jurisdiccional sólo comprende la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el contrato, y nunca se puede pretender arrogar la facultad de modificar las cláusulas negociadas y aceptadas en su momento por ambas partes en virtud de su derecho constitucional a la libertad contractual, lo que ahora pretende el Proyecto de Mandato."* En ese sentido, por lo indicado por ELECTRO DUNAS quedaría fuera de discusión que la función normativa que ejerce el Consejo Directivo en el presente procedimiento, es distinta de la función jurisdiccional.

Complementariamente, respecto al argumento de ELECTRO DUNAS de que *"en el presente caso no hubo falta de acuerdo"* y que *"en el presente caso (...) existe un contrato celebrado por las partes donde claramente se pactó la retribución, tomando en consideración las modificaciones que se realizaron mediante el consentimiento de ambas partes"*, se debe reiterar y enfatizar que la falta de acuerdo que ha dado origen al presente procedimiento, corresponde de manera puntual al proceso de negociación iniciado el 21 de agosto de 2017 por AZTECA PERÚ, para modificar las condiciones económicas pactadas para la relación de compartición que mantiene con ELECTRO



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 173

DUNAS. Es respecto de esa falta de acuerdo que se produce, a solicitud de parte, la intervención subsidiaria del OSIPTEL en el marco de lo previsto en el artículo 32 de la Ley N° 29904 y 25 de su Reglamento.


- **Otros comentarios de ELECTRO DUNAS.**

Por otra parte, ELECTRO DUNAS sostiene que la Ley N° 29904 y su Reglamento han sentado normativamente una metodología de cálculo de la contraprestación periódica, la cual sólo puede ser modificada, en algunos extremos mediante Resolución Viceministerial y, en otros, por modificación normativa mediante otra norma con rango reglamentario. De ello, ELECTRO DUNAS deriva que la Ley N° 29904 no ha facultado a OSIPTEL a determinar la retribución por acceso y uso de la infraestructura eléctrica, sino al MTC, por ello reitera que el OSIPTEL se entromete arbitrariamente en su relación contractual con AZTECA PERÚ, en la cual las partes ya habían fijado las retribuciones correspondientes.

Sobre lo indicado por ELECTRO DUNAS, resulta oportuno mencionar lo siguiente:

- (i) La Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904, como norma reglamentaria que es, debe ser aplicada de manera consistente con los artículos 13.4 y 32 de la Ley N° 29904, que disponen que las contraprestaciones periódicas deben remunerar la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida (incluido un margen de utilidad razonable) conforme se determina en la Metodología, siendo el OSIPTEL la entidad del Estado específicamente encargada de velar por el cumplimiento de la referida disposición, así como de las demás disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Ley N° 29904.
- (ii) La Metodología se encuentra contenida en una norma reglamentaria que debe ser aplicada para determinar un aspecto esencial de toda relación de compartición de infraestructura, como son las contraprestaciones. En ese sentido, las partes deben aplicar la referida norma de alcance general, al definir las condiciones específicas de su respectiva relación de compartición de infraestructura.
- (iii) La eventualidad que las partes de una negociación o renegociación mantengan posiciones distintas sobre la aplicación de la Metodología en una relación en particular, genera una situación que puede imposibilitar el cumplimiento de la Ley N° 29904, al evitar la provisión de la infraestructura o generar que ésta se brinde en condiciones no eficientes e inconsistentes con el marco regulatorio aplicable.
- (iv) La única vía prevista en la Ley N° 29904 para dirimir sobre las posiciones distintas antes señaladas, es la sustitución de la voluntad de las partes por la decisión que emita el OSIPTEL como entidad encargada de dictar las disposiciones específicas para que se cumpla la compartición obligatoria de



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 85 de 173

infraestructura dispuesta por la Ley N° 29904. Como se ha sustentado en párrafos precedentes, la referida decisión del OSIPTEL se emite en ejercicio de una función normativa y en un procedimiento de mandato que implica una intervención subsidiaria, ante la falta de acuerdo de las partes y a solicitud de la parte respectiva, que en el presente caso inició con la solicitud de AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS contenida en su carta DJ-1249/17 recibida el 21 de agosto de 2017, en la que se le requirió que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el contrato se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904.

- (v) Ciertamente, al emitir su decisión, el OSIPTEL debe aplicar la Metodología de una manera consistente con todo el marco normativo al cual se adscribe, lo que ha sido expuesto por este regulador al sustentar el Proyecto de Mandato y que se complementa en párrafos subsiguientes, al analizar los comentarios presentados por la partes respecto de la aplicación que el OSIPTEL hace de la Metodología para determinar las contraprestaciones periódicas de la presente relación de compartición.

Bajo dicho contexto, la posición de ELECTRO DUNAS según la cual el OSIPTEL no puede intervenir en la vía de mandato para definir condiciones económicas de una relación de compartición de infraestructura en específico, carece de sustento legal y además no es razonable, puesto que implica sostener que uno de los aspectos esenciales de toda relación de compartición se mantendrá en el ámbito de la voluntad privada y, por lo tanto, en ejercicio de ésta las partes podrían decidir establecer una relación de compartición generando ineficiencias u otras situaciones no deseadas por el propio marco regulatorio del cual forma parte la Metodología. Ello no resiste mayor análisis bajo el marco constitucional, legal y reglamentario detallado en párrafos precedentes.

#### 4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

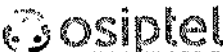
##### 4.3.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (SOLICITUD DE MANDATO, RECIBIDA EL 17.10.2017):

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. 28295<sup>79</sup>, 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***

<sup>79</sup> “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° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 86 de 173

*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 (...)"*

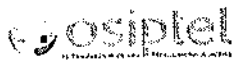
(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

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 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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 87 de 173
	INFORME	

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".<sup>80</sup>


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.

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 ELECTRO DUNAS (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.

<sup>80</sup> 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 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 88 de 173

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.

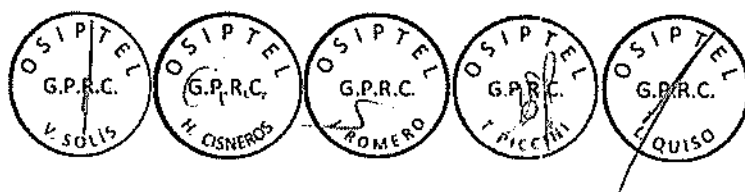
Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen 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 razonables<sup>81</sup>.


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.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 89 de 173
	INFORME	

Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 estratégica<sup>82</sup>. 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 ELECTRO DUNAS es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición<sup>83</sup>, 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), ELECTRO DUNAS emite una factura que (según sus cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo

<sup>82</sup> La infraestructura de ELECTRO DUNAS resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de ELECTRO DUNAS, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponerles 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 ELECTRO DUNAS, 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.

<sup>83</sup> ELECTRO DUNAS 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 PERÚ y ELECTRO DUNAS negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 173

vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.

AZTECA PERÚ precisa que, si bien su responsabilidad es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de ELECTRO DUNAS 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 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.

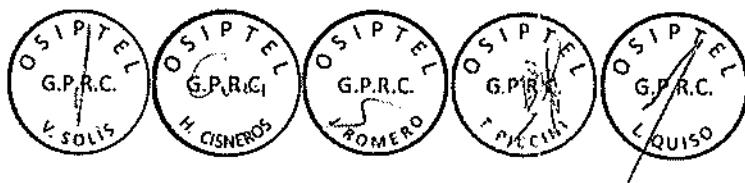
Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a ELECTRO DUNAS incorporar aquellas referencias en el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación 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 ELECTRO DUNAS y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que el 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.


**Sobre el correcto cálculo del precio máximo en aplicación de la metodología: El denominador "Na".**

AZTECA PERÚ indica que no han logrado llegar a un acuerdo respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador "Na" (Número de arrendatarios) en la metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.

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.

AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 91 de 173

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 pronunciamientos<sup>84</sup>, 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 28295<sup>85</sup>, señalado anteriormente, respecto de que en*

<sup>84</sup> Informe N° 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 Compartición 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.

<sup>85</sup> "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 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 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.

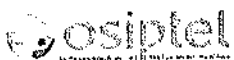
3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.

4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.

5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 173

infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio<sup>87</sup> y de peso<sup>88</sup>, 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 máximo 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).

*"Debe de hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios"<sup>89</sup> (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.<sup>90</sup> (el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)*

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295<sup>91</sup>, 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 (y por ende a ELECTRO DUNAS) 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 potencialidad<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> 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

<sup>88</sup> 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.


<sup>89</sup> Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

<sup>90</sup> *Idem.*

<sup>91</sup> Ver Nota al Pie No. 20.

<sup>92</sup> AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología ELECTRO DUNAS 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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 94 de 173

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 ELECTRO DUNAS 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)*

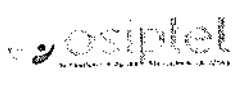
AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado constitucional de derecho, "busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"<sup>93</sup> (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

⋮

infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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).

<sup>93</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 172

*"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 informa 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."<sup>94</sup>*  
(el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ).

En atención a lo anteriormente señalado AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL que se pronuncie respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cual es el valor del "Na" que ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ deben considerar en la aplicación de la metodología.

**La correcta aplicación del valor de "Na" forman parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Participación:**


AZTECA PERÚ precisa que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas<sup>95</sup>.

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.

<sup>94</sup> Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.

<sup>95</sup> 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 ELECTRO DUNAS observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Participación.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 172

AZTECA PERÚ menciona que 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 recalcule automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS.

AZTECA PERÚ, 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 ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ deben considerar para el denominador "Na", para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por ELECTRO DUNAS y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de ELECTRO DUNAS, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

#### 4.3.2 POSICIÓN DE ELECTRO DUNAS (Escrito recibido el 14.11.2017):

##### A. CÓMO DEBE ENTENDERSE Y APLICARSE EL FACTOR "B" DE LA METODOLOGÍA.

ELECTRO DUNAS indica que el 20 de julio de 2012 se publicó la Ley de Banda Ancha la cual establece en su artículo 13° lo siguiente:

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

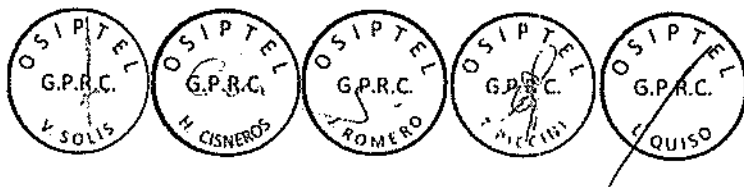
*13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso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

(...)

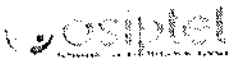
*13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:*

(...)

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





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 97 de 172

**establecida en el reglamento de la presente Ley. (...)** [Énfasis de ELECTRO DUNAS]

Asimismo, señala que el 4 de noviembre de 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC que aprobó el reglamento de la Ley de Banda Ancha (el "Reglamento") el cual señala en su artículo 30° lo siguiente:

***“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.*

*30.3 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. (...)* [Énfasis de ELECTRO DUNAS]

Manifiesta que considerando lo señalado en el artículo 30° antes citado, el Anexo 1 del Reglamento describe la Metodología la cual establece, entre otros, que para calcular la contraprestación mensual por uso (RM) se aplicará la siguiente fórmula:



$R.M = Imp + OMc \times B \times (1 + i)$

Donde

Imp: Impuestos municipales adicionales a los haberes

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: Tasa de retorno mensuralizada o margen de utilidad razonable

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además

$OMc = f \times CMs$

f: 20%

CMs: Costo mensual OPEX sin compartición, y se calcula de la siguiente forma

Calculo de CMs	Tipo de línea eléctrica
$CMs = l \times h \times BT$	Baja Tension
$CMs = h \times h \times BT$	Media Tension, o Alta Tension

BT: Es la Base Total de calculo de la infraestructura eléctrica, esta dada por

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

Donde

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía

m: Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros

f: 20% Para baja tension (ie. 13.4%) Para media o alta tension

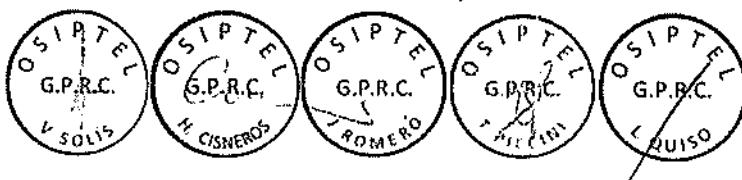
Señala que en el Anexo N° 1 se incluyó una nota en la que se señala que “los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”. Es decir, conforme a lo señalado expresamente en el Reglamento, el factor “Na” no puede ser modificado por resolución viceministerial.

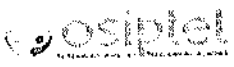
Precisa que, entre otros, la fórmula incluye la aplicación de un factor “B”, que es un factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios el cual es definido como:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

Indica que de acuerdo con el texto de la norma y a su interpretación netamente literal, el factor “B” hace referencia número de “arrendatarios” reales de la infraestructura en particular que es materia de compartición al momento de aplicar la Metodología, En



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 99 de 172
	INFORME	

efecto, en caso el legislador hubiese querido que dicho factor se refiera al "número máximo de arrendatarios que soporta la infraestructura" lo hubiese tenido que prever de esa manera en el texto respectivo.

ELECTRO DUNAS precisa que el único parámetro interpretativo adicional, desde un punto de vista sistemático por comparación, lo da el propio Reglamento, el cual, establece en su artículo 30.3 que "la contraprestación inicial única y las contraprestaciones periódicas, serán asumidas por quien tenga el derecho a utilizar la infraestructura compartida respectiva". Indica que tiene derecho a utilizar la infraestructura quien tiene un convenio o mandato vigente y, por ende, hace o tiene derecho a hacer uso efectivo de dichas instalaciones. Considera que esto demuestra que la intención del legislador, plasmada en el Reglamento, fue que la contraprestación que resulte de la aplicación de la Metodología sea calculada y pagada considerando los "arrendatarios" actuales y no los potenciales.


Asimismo, señala que los factores "f" y "m" de la Metodología únicamente son definidos como un porcentaje de los costos de operación y mantenimiento, y de inversión (montaje) que deben ser asumidos por quienes tienen derecho al acceso y uso de la infraestructura. La Metodología no establece el sustento de la determinación de dichos porcentajes ni los afecta con un factor de capacidad, sino que únicamente los establece como fijos y predeterminados.

Manifiesta que conforme puede evidenciarse de la fórmula incluida en la Metodología, esta establece a priori el conjunto de los costos que debe asumir quienes acceden a la infraestructura, incluyendo un componente tributario (imp), un componente de fracción de costos de inversión y de O&M (OMc), un componente de utilidad razonable ( $1+i_m$ ) y un componente de factor de utilización ( $B=1/N_a$ ). Consideran que el propio diseño de la norma cumple con no imponer a los "arrendatarios" los costos asociados a todo el espacio disponible en las instalaciones de las empresas eléctricas, sino únicamente le asigna una fracción del mismo reflejado en los porcentajes predeterminados de los factores "f" y "m". Precisan que la Metodología, al considerar también un factor de utilización, otorga un beneficio adicional a los "arrendatarios" al disminuir costos a ser asumidos de forma individual cuando nuevos "arrendatarios" accedan a la infraestructura.

ELECTRO DUNAS es enfático en señalar que esta interpretación de la Metodología es la que sirvió de marco de referencia para la suscripción del Contrato, y la que sirvió como base de cálculo de la RM aplicable, conforme fue de conocimiento de AZTECA PERÚ quien, como indican haber demostrado, tuvo en todo momento acceso al detalle de costos y hojas de cálculo utilizadas para la definición de la RM aplicable al Contrato.

Señalan que lo antes indicado, además, se confirma de la posición asumida por AZTECA PERÚ frente a los proyectos de modificación de la Metodología publicados por el MTC. Precisan que AZTECA PERÚ remitió al MTC la Carta DJ-121/17 el 23 de enero de 2017 en la cual, dicha empresa señala que el MTC debe comprender



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 100 de 172

también en una eventual modificación de la Metodología "un aspecto regulatorio de la Fórmula (...) que consideran debe ser revisado por el MTC".

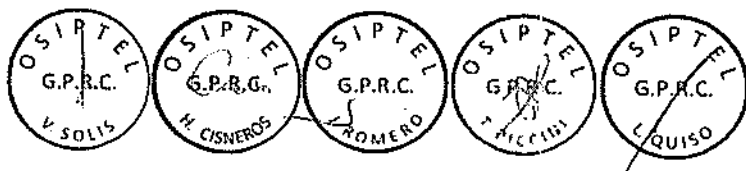
ELECTRO DUNAS indica que en dicha carta, AZTECA PERÚ añade que se refiere "al hecho que la Fórmula considera como uno de los valores de cálculo para la definición del precio tope a pagar por compartición de infraestructura un Factor de Distribución de Costos que es asumido sólo por los arrendatarios de tal infraestructura (variable "B" de la Fórmula)". Luego detalla que "Tales costos son cero (0) mientras no existan compartición, pero basta que un (1) sólo operador arriende dicha infraestructura para que éste asuma la totalidad del mencionado Factor de Distribución de Costos, siendo que el mismo será prorrateado y disminuirá para el operador inicial, sólo en caso más operadores de telecomunicaciones accedan a la referida infraestructura".

Señala que seguidamente AZTECA PERÚ detalla al MTC las razones por las que considera que dicho extremo de la Metodología debe modificarse pues, a su criterio, es contraria a lo dispuesto en la Ley de Banda Ancha. Finalmente, AZTECA PERÚ solicita al MTC ampliar su proyecto de modificación de la Metodología "de modo que la mencionada variable "B" sea modificada".

ELECTRO DUNAS considera que la Carta DJ-121/17, sumado a lo señalado en la sección b) del presente escrito respecto a los actos propios y conductas de AZTECA PERÚ, es una evidencia contundente de que no sólo las empresas eléctricas como ELECTRO DUNAS, sino que la propia AZTECA PERÚ asumió como la (correcta) interpretación de la Metodología que esta incluye un factor de utilización, como es el caso del factor "B", el cual debe ser aplicado considerando el número de "arrendatarios" existentes en las instalaciones. Así, la conducta de AZTECA PERÚ y sus afirmaciones en el sentido que ELECTRO DUNAS le ha venido cobrando una RM superior a la establecida en la Metodología es un evidente acto de mala fe.

ELECTRO DUNAS manifiesta que el 5 de agosto de 2017 se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017- MTC-03 que modificó el Anexo N° 1 del Reglamento (la "RVM"). Dicha norma tuvo como alcances expresos el modificar los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología. Efectivamente, en los considerandos de la RVM se señala lo siguiente:

*"Que, se ha observado que aplicando la metodología vigente a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión, los valores resultantes de la contraprestación mensual se encuentran en todos los casos evaluados, por encima de los precios promedio del mercado, por lo que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones mediante Informe N° 292-2017- MTC/26 del 04 de agosto de 2017, recomienda aprobar la modificación de los valores de las variables "m" y "f" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión, a fin de que la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado, dicha modificación normativa cuenta con la conformidad del Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones*



- FITEL y la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones" [Énfasis de ELECTRO DUNAS]

Indica que esta versión modificada de la Metodología a la que denominan en adelante la "Nueva Metodología" quedó establecida, por tanto, en los siguientes términos:

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

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

$OMc = f \times OMs$

f 20% para Baja Tensión y 10 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
$OMs = \frac{l}{12} \wedge LT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \wedge BT$	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= 17% Para Baja Tensión y 81 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

ELECTRO DUNAS manifiesta que la RVM recoge la recomendación del Informe N° 292- 2017-MTC/26 en el sentido de modificar los porcentajes aplicables para definir las variables "m" y "f" de la Metodología, sin introducir un factor de capacidad que los afecte ni hacer referencia alguna al factor "Na". En concordancia con ello, la Metodología modificada conforme a la RVM nuevamente señala que para calcular la contraprestación mensual por uso se considerará un factor "B", que es un factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios el cual sigue siendo definido como:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 102 de 172
	INFORME	

Indica que debe considerarse que, ni antes de la publicación de la RVM, ni después de la misma, la Metodología ha incluido disposiciones relativas a un número mínimo de arrendatarios que deba considerarse para definir el factor "Na" y menos aún que este se refiera el número máximo de arrendatarios de la infraestructura. Considera que es claro que dicho factor corresponde al número de arrendatarios existentes en la infraestructura en particular que es materia de compartición en la fecha en que dicha compartición es solicitada y durante la vigencia de la misma para efectos del cálculo de la RM correspondiente.

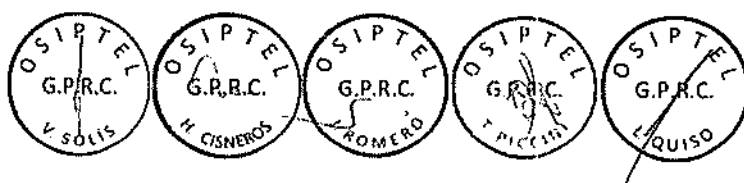
Manifiestan que si bien la RVM tiene como antecedente el Informe N° 292-2017-MTC/26, este informe no forma parte de la norma y, por ende, no es parte de la Metodología. Sin perjuicio de ello, el contenido de dicho informe no contradice el hecho que el factor "B" deba aplicarse conforme a la interpretación que ELECTRO DUNAS sostiene por las razones ya expuestas.

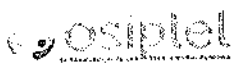
En tal sentido, indican que la RVM no modificó el factor "Na" aplicable a la Metodología, ni tampoco estableció nuevas condiciones, parámetros o interpretaciones para su aplicación, limitándose a definir nuevos porcentajes para las variables "m" y "f". La razón por la que es lógico que los porcentajes de las variables "m" y "f" no estén afectados por un factor de capacidad es que, el *cost driver* (direccionador o generador de costos por la compartición) de la compartición no es sólo el espacio que ocupa un "arrendatario" en las instalaciones, sino que también existen otros factores que determinan el costo de la compartición que se generan desde que el primer arrendatario accede a las instalaciones.

Sobre este último punto, señalan que al regular la metodología para el uso y acceso, el MTC (quien reiteran es la autoridad competente y no el OSIPTEL) aplica criterios que necesariamente tienen algún grado de arbitrariedad para establecer cuál es el *cost driver* que funciona como enlace entre los costos del titular de las instalaciones y una actividad específica (en este caso la compartición)<sup>96</sup>. Una actividad tiene asociados más de un *cost driver*.

ELECTRO DUNAS manifiesta que las empresas eléctricas, propietarias y operadoras de las instalaciones de transmisión de electricidad, tienen una legítima preocupación por la seguridad confiabilidad e integridad de las líneas que permiten la operación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. Entienden que AZTECA PERÚ, tiene interés en un rápido despliegue de sus redes y en el mantenimiento de sus cables, equipos electrónicos y demás, y además quiere el mejor servicio de compartición al precio más bajo por parte de las empresas eléctricas. Sin embargo, consideran que AZTECA PERÚ no podrá discutir que aquellos costos asociados a la disponibilidad de

<sup>96</sup> Las "tarifas orientadas costos", como es el caso de la Metodología, son aquellas basadas en los costos reales o teóricos de proveer un servicio más un retorno razonable por inversión (costo del capital). Esta orientación a costos lleva implícita la posibilidad de determinar los costos de brindar un servicio de modo tal que los costos se pueden asignar a un servicio en particular. Esto se logra a través de un sistema de asignación de costos que relaciones inversiones y costos operativos expresados en "cost drivers".



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 103 de 172
	INFORME	

su infraestructura de transmisión que no están asociados al espacio ocupado por un "arrendatario" deben necesariamente ser asumidos por todos los que se benefician de la disponibilidad de la infraestructura compartida, es decir, por la empresa eléctrica y quienes, en un momento determinado, la están utilizando para brindar servicios de telecomunicaciones como "arrendatarios".

ELECTRO DUNAS considera que el OSIPI TEL debe reconocer, como lo hace la Metodología, que el espacio ocupado del espacio disponible en un poste no puede ser el único *cost driver* para definir costos de operación y mantenimiento. Por el contrario, es un *cost driver* idóneo para definir qué costos de adecuación (inversión en la infraestructura) debe asumir un "arrendatario", pues no debería asumir inversiones por un espacio mayor al que requiere.<sup>97</sup>

Al respecto, indican que si bien el artículo 33 de la Resolución N° 020-2008-CD/OSIPI TEL y el artículo 34 del Reglamento de la Ley de Compartición no resultan aplicables a los Convenios, lo cierto es que la Metodología si cumple con lo dispuesto en dichas normas en la medida que define la RM considerando únicamente un porcentaje de los costos de O&M en razón tanto a los costos del espacio disponible para compartición (factor "f"), como a los costos de las torres o postes sin compartición (factor "OMs")<sup>98</sup>. Sin embargo, AZTECA pretende que todo ello se divida, arbitrariamente, además entre tres.


ELECTRO DUNAS manifiesta que el OSIPI TEL debe considerar que las obligaciones de acceso no pueden ser impuestas sin respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, la imposición de este tipo de obligaciones debe considerar la naturaleza del problema identificado, ser proporcionales, y estar justificadas conforme a los objetivos de política general.

Manifiestan que en caso el OSIPI TEL establezca que AZTECA PERÚ únicamente debe asumir una fracción de la RM establecida conforme a la Metodología por considerar que luego esta será pagada por futuros "arrendatarios", deberá necesariamente tomar en cuenta el probable limitado desarrollo del "mercado de compartición" considerando que AZTECA PERÚ presta servicios portadores que son una alternativa al tendido de nuevas redes en las instalaciones de ELECTRO DUNAS. Por ello, no resulta razonable que su empresa asuma dicho riesgo, cuando AZTECA PERÚ es la única directamente beneficiada por cualquier reducción de la RM.

<sup>97</sup> Sin embargo, la Ley de Banda Ancha y su reglamento son claros en que dichos costos de adecuación deben ser asumidos en un 100% por el primer "arrendatario" cuestión que AZTECA PERÚ no cuestiona, aunque, bajo su línea argumentativa, también sería contraria a los regímenes de la Ley de Compartición y Ley de Proveedores Importantes. Esto demuestra nuevamente la diferencia que hay entre dichos regímenes de compartición y el de la Ley de Banda Ancha.

<sup>98</sup> Así, al asignar los costos asociados a la compartición pueden considerarse varios *cost drivers*, como es el caso del espacio físico ocupado o el número de cables. Cuando la autoridad decide utilizar el espacio disponible, esto naturalmente genera mayores costos iniciales, pero costos promedio decrecientes en la medida que la cantidad de arrendatarios crece.



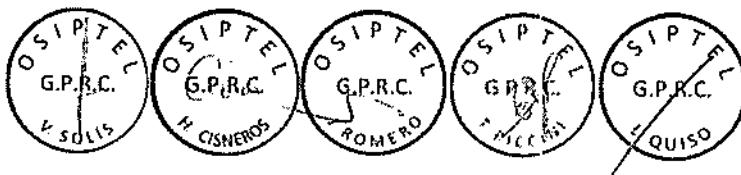
	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 104 de 172

Indican que el factor "B" que configura un beneficio para AZTECA PERÚ, al reducir sus costos de compartición en la medida existan más "arrendatarios" de la infraestructura de ELECTRO DUNAS, no puede convertirse, a través de una forzada interpretación en un instrumento para trasladar el riesgo de mercado de AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS.

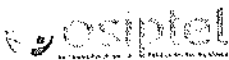
ELECTRO DUNAS solicita al OSIPTEL prevenir el abuso del derecho de acceso por parte de AZTECA PERÚ al admitir un exceso que busca aprovecharse de las inversiones de ELECTRO DUNAS.

Adicionalmente manifiesta que cumple con remitir la información requerida referida al listado de la infraestructura eléctrica que cuyo acceso y uso ELECTRO DUNAS ha otorgado a AZTECA PERÚ. Señala que al definir el número máximo de arrendatarios a los que es factible dar acceso por cada infraestructura de soporte ELECTRO DUNAS ha tomado en consideración lo siguiente:

- (i) El artículo 92 del Decreto Supremo N° 009-93-EM y de la Resolución N° 086-2017-OS/CD que aprobó el Procedimiento Técnico del COES N° 09 "Coordinación de la Operación en Tiempo Real del SEIN", su empresa tiene la obligación, en su calidad de titular de instalaciones de transmisión y generación, de cumplir con el envío de información en tiempo real relativa a la operación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) bajo criterios de seguridad, calidad y economía, siendo la fibra óptica el medio elegido por ELECTRO DUNAS para garantizar dichos estándares. Indica que actualmente ELECTRO DUNAS tiene instalada fibra óptica en parte de su infraestructura eléctrica y se tiene previsto instalar nueva fibra óptica en aquella infraestructura eléctrica que aún no la tiene conforme al plan respectivo.
- (ii) La Décima Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 018-2016-EM que establece que las empresas de distribución como ELECTRO DUNAS deben proponer al OSINERMIN un plan gradual de reemplazo a sistemas de medición inteligente a ser reconocido por las tarifas respectivas. En línea con lo anteriormente referido mediante Oficio N° 021-2016-MEM-DGE del 14 de noviembre de 2016, el Ministerio de Energía y Minas solicitó a ELECTRO DUNAS remitir dicho plan. Finalmente la Resolución N° 218-2017-OS/CD aprobó el Proyecto de "Guía de elaboración del VNR de las instalaciones de Distribución Eléctrica" que incorpora información referida a los suministros asociados al despliegue de medidores que formarán parte de los próximos estudios del VAD.
- (iii) La Resolución Ministerial N° 013-2003-EM-DM que aprobó la Norma Técnica de Alumbrado de Vías Públicas en Zonas de Concesión de Distribución. Conforme a lo dispuesto en la referida norma, ELECTRO DUNAS debe cumplir ciertas obligaciones relativas al alumbrado en las vías públicas. En efecto dicha norma es de aplicación obligatoria dentro de la concesión de las empresas





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 172

distribuidoras de energía eléctrica. Entre otros, ELECTRO DUNAS debe proveer el servicio de alumbrado público en todas las vías que de acuerdo con la norma deben contar con dicho servicio, así como recategorizar las vías y zonas especiales que tienen bajo su responsabilidad y verificar por iniciativa propia el cumplimiento con los niveles mínimos de alumbrado en las vías públicas por cuyo servicio es responsable.

Sobre la base de ello, ELECTRO DUNAS elaboró la norma "Disposición de Soportes para Redes de Media y Baja Tensión" la cual tienen como objetivo establecer la disposición de los soportes (agujeros) en postes de concreto para redes de media y baja tensión para efectos de la especificación, adquisición y fabricación de los postes de ELECTRO DUNAS de modo que se cumpla con lo establecido en las normas antes citadas. Dicho procedimiento tienen como base las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Código Nacional de Electricidad aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM/DM conforme a las cuales se define la distribución de los soportes (agujeros) en los postes de concreto antes conductores de energía y los cables de comunicación. Señala que la infraestructura de ELECTRO DUNAS únicamente tiene un espacio disponible para su arrendamiento en sus postes de concreto, lo cual es consistente con lo solicitado por el OSIPTEL: número máximo de "arrendatarios".

#### 4.3.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 06.12.2017):


##### 4.3.3.1 Sobre el valor del factor "Na" de la metodología.

AZTECA PERÚ indica que con independencia de la capacidad de la infraestructura eléctrica para soportar un número determinado de cables o el número de arrendatarios con los que cuente, 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", sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contra prestación por el uso de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS.

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 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.

Manifiestan que lo anterior se desprende claramente del Informe N° 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 172

propuesta de texto del Reglamento. En la página 22 de éste 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 legislador optó por asumir que en promedio todas las infraestructuras eléctricas podían alojar 3 cables. Si bien reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, 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 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 70mm<sup>2</sup>) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)*

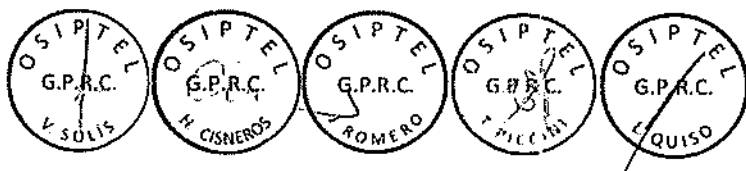
*En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; asimismo, del lado de la 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).*

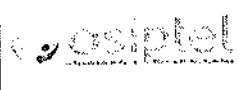
Señalan que la referida interrelación es claramente explicada en el Informe Económico denominado "Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión", del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC 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 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  $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$ .*



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 107 de 172

*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 7.)<sup>99</sup> (énfasis y subrayado agregados).*

AZTECA PERÚ indica que, 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 N° 292-2017-MTC/26. Precisa que 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  $Na = 3$ . 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  $f/Na= 20\%/3$  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):*

<sup>99</sup> Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 108 de 172

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times \text{Peso promedio por cable FO}}{\text{Peso promedio línea de transmisión}} = \text{(Fórmula 2)}$$

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} \times 139.23 \text{ kg/cable}}{2,279.98 \text{ kg}} = 18.3\%$$

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  $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$ .<sup>100</sup>22 (Énfasis y subrayado agregados)

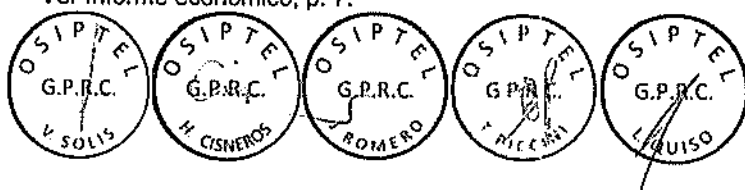
Manifiestan que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad 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, indican 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).**


Señalan 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), como lo reconoce ELECTRO DUNAS en su escrito, lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA, 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 del 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.*

<sup>100</sup> Ver Informe económico, p. 7.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 109 de 172
	INFORME	

*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 habla 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\$ 152 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes ( $=\$152.0/3$ ).<sup>101</sup>*

AZTECA PERÚ señala 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, indica que 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.

Considera 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 ELECTRO DUNAS 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.

Indica que en dicho escenario, 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.

AZTECA PERÚ manifiesta 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

<sup>101</sup> Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 110 de 172

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 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)<sup>102</sup>*

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 USD1.00 dólar: USD 0.72 /apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile"<sup>103</sup>*

*"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*

<sup>102</sup> Ver Informe económico, p. 4 y 13.

<sup>103</sup> Ver Informe económico, p. 4.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 111 de 172

*poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.*<sup>104</sup>

Considera que en atención a lo señalado, ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor "Na" es igual a tres (3). Ello, dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizar la 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, señalan que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con ELECTRO DUNAS, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor "Na" es igual a tres (3).

Finalmente, manifiesta 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 No. 28295, en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 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 regulados por la Ley No. 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 el 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, consideran 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 de media y alta tensión 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.

<sup>104</sup> Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 112 de 172
	INFORME	

#### 4.3.3.2 Sobre el valor de las variables “f” y “m”.

AZTECA PERÚ entiende que lo manifestado por ELECTRO DUNAS en su escrito que están plenamente de acuerdo en que el Consejo Directivo tenga en consideración los valores de las variables “f” y “m” dispuestos por la Resolución Viceministerial al momento de modificar la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición. Señalan que ello se encuentra en línea con lo que les comunicó ELECTRO DUNAS en una comunicación<sup>105</sup> antes de solicitar la intervención del OSIPTEL.

Por tanto, indican que por razones de eficiencia y en tanto ambas partes están de acuerdo respecto a este punto en específico, dado que ya están inmersos en el presente procedimiento, solicitan al Consejo Directivo que tenga en consideración los nuevos valores de dichas variables al momento de determinar la nueva contraprestación que será objeto del Mandato de Compartición.

#### 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.

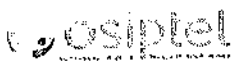
En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía 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

<sup>105</sup> Ver Carta GI-089-2017 incluida como Anexos 1-C de nuestro escrito 1





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 113 de 172
	INFORME	

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.

#### 4.3.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

##### 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 sobre costo 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.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 114 de 172

No obstante, debe señalarse que la retribución mensual pactada en el contrato suscrito entre ELECTRO DUNAS 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 el 22 de diciembre de 2014 (aplicando el valor del parámetro "f" = 20%), que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

N°	CODIGOS DE LAS BASES DE DATOS (MOD INV_2017 Y O SIGOB)	NIVEL DE TENSION	RETRIBUCION MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Por 01 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCION MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	POSTE DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO DE 8 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	BT	0,11	0,52
2	POSTES DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO, DE 12, 13 Y 15 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	MT	0,69	2,07
3	POSTE DE CONCRETO DE SUSPENSION (2°) O TIPO SU1-18, DE 60 KV A 66 KV	AT	2,40	22,34
4	TORRE DE SUSPENSION (5°) O TORRE DE ANGULO MENOR (30°), DE 60 KV A 66 KV	AT	6,70	22,34
5	TORRE DE ANGULO MAYOR (65°) O TORRE DE ANCLAJE, RETENCION INTERMEDIA Y TERMINAL (15°), DE 60 KV A 66 KV	AT	12,60	22,34
6	POSTE DE ACERO DE SUSPENSION (2°) DE 220 KV A MÁS	AT	8,30	22,34

Nota:


(\*) Para efectos de comparación, se utilizó un tipo de cambio de soles por dólar de S/. 2,97 correspondiente al 17 de diciembre de 2014.

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.

### **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:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 115 de 172

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

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:

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% 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	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 116 de 172

De manera específica, respecto del parámetro "f" se realizó la siguiente modificación:

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:

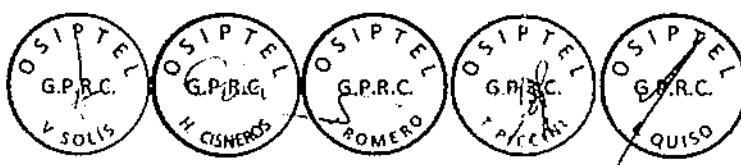
Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
$m = 77\%$ (para baja, media y alta tensión)	$m = 77\%$ (para baja tensión)
	$m = 84,3\%$ (para media y alta tensión)

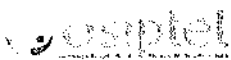
**Valor que corresponde considerar como "Na" (número de arrendatarios).**

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° 00082-GPRC/2018 Página: 117 de 172
	INFORME	

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\textcircled{3} \times \frac{139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

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<sup>106</sup>, 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:

<sup>106</sup> 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-Metolog%C3%ADa\\_M\\_y\\_F.pdf](http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metolog%C3%ADa_M_y_F.pdf)



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 118 de 172

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICACIÓN (Resolución N° 768-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>03 cables de comunicación</b>
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 <b>132,5 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de <b>139,23 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)

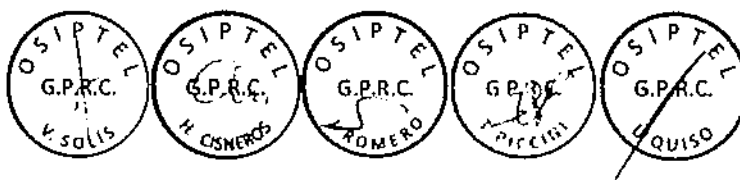
En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (03). En este punto es necesario 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), terminarla 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 "f" = 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferenci al (RM total 1 - costo)	Diferenci al (RM total 2 - costo)	Impacto en el 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:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 120 de 172

(\*) 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".

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.

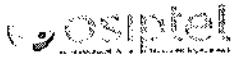
Como se expuso, la aplicación de un "Na" = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga 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:





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 121 de 172

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<sup>107</sup>, 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 N° 28295<sup>108</sup>, 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 Óptica<sup>109</sup>, 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<sup>110</sup> señala que:


<sup>107</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.

<sup>108</sup> Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

<sup>109</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

<sup>110</sup> Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 122 de 172

**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.

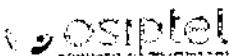
En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en 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, 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.

Respecto de lo señalado por ELECTRO DUNAS respecto de que el único instrumento legal que puede ordenar la modificación de un contrato es la ley o una norma de igual rango, es importante señalar que al momento de la suscripción de contratos bajo el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento, las partes conocen y aceptan que, según lo dispuesto por el artículo 32 de dicha ley, el OSIPTEL debe velar por que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 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.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 123 de 172
	INFORME	

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 ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ.


**b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a ELECTRO DUNAS.**

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a ELECTRO DUNAS, entre otros, información de los códigos de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, no obstante, la información remitida mediante escrito recibido el 14 de noviembre de 2017 consigna información faltante, y sin códigos de estructuras de soporte eléctricos que permitan identificarlas en las bases de datos "MOD INV\_2017" y "SICODI" del OSINERGMIN. Por tal razón, para efectos de calcular el valor de la renta mensual a pagar por AZTECA PERÚ, se utilizó información proporcionada por ELECTRO DUNAS mediante carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23 de noviembre de 2016, en respuesta al requerimiento de información realizado por el OSIPTEL en dicha oportunidad a todos los operadores eléctricos, pero considerando las características de la infraestructura de soporte eléctrico reportadas en ambas comunicaciones.

De esta manera, mediante carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23 de noviembre de 2016, ELECTRO DUNAS reportó información sobre postes y/o torres de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, sumando un total de **56 estructuras de soporte eléctrico** arrendadas a AZTECA PERÚ, instaladas en diversos distritos de los departamentos de Ayacucho, Ica y Huancavelica. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ELECTRO DUNAS:

N°	CÓDIGOS DE "MOD INV_2017" y/o "SICODI"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS (POSTES Y/O TORRES)	NIVEL DE TENSIÓN REPORTADA (BT, MT, AT)	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE POSTES Y/O TORRES
1	PPM02	Madera	BT	8	2
2	PPM01	Madera	BT	8	1
3	PPC05	Concreto	BT	8	8
4	PPC06	Concreto	BT	8	7
5	PPC16	Concreto	MT	12	8
6	PPC19	Concreto	MT	13	7
7	PPC20	Concreto	MT	13	3
8	PC16/800	Concreto	AT	18	5
9	PC18/800	Concreto	AT	18	4



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 124 de 172
	INFORME	

10	No proporcionado (*)	Metálico	AT	22	1
11	No proporcionado (**)	Metálico	AT	35	10

Nota:

(\*) La empresa identificó dicha infraestructura de soporte eléctrico como torres de acero reticulado de 22 metros, pero no proporcionó ningún código de las bases de datos de OSINERMIN.

(\*\*) La empresa identificó dicha infraestructura de soporte eléctrico como torres de acero reticulado de 35 metros, pero no proporcionó ningún código de las bases de datos de OSINERMIN.

Asimismo, mediante escrito recibido el 14 de noviembre de 2017, referido anteriormente, ELECTRO DUNAS reportó información sobre postes y/o torres de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, sumando un total de **3310 estructuras de soporte eléctrico** arrendadas a AZTECA PERÚ, instaladas en diversos distritos de los departamentos de Ayacucho, Ica y Huancavelica. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ELECTRO DUNAS:

NIVEL DE TENSIÓN	TIPO DE ESTRUCTURA	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS	CANTIDAD DE POSTES Y/O TORRES
13.2 KV	Poste	12 y 15	Concreto	74
22.9 KV	Poste	12, 13, 13.2, 13.3, 14 y 16	Concreto	1,292
		12 y 13	Madera	99
		No proporcionado	No proporcionado	271
33 KV	Poste	12 y 13	Concreto	14
		8, 12 y 13	Madera	303
	Torre	12	Metálico	59
60 KV	Poste	13, 18, 19 y 20	Concreto	284
		12	Madera	1
	Torre	18, 24, 25, 30, 33 y 34	Metálico	299
66 KV	Poste	15 y 18	Concreto	125
	Torre	18 y 23	Metálico	3
220 V	Poste	8	Concreto	50
		8 y 9	Madera	32
		7 y 8	Metálico	11
		No proporcionado	No proporcionado	51
240 V	Poste	9	Concreto	4
440 V	Poste	8, 9, 10, 12 y 13	Concreto	307
		8, 9 y 12	Madera	29
		9	Metálico	1
No proporcionado	Poste	8	Concreto	1

Sobre esa base, en el siguiente cuadro se muestran los precios y la descripción de la infraestructura de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro proporcionado por ELECTRO DUNAS en respuesta al requerimiento del 2016, correspondiente a 56 estructuras de soporte eléctrico, así como los precios y descripción de la infraestructura de soporte eléctrico utilizada como referencia a fin de




completar el total de las características de las estructuras reportadas en respuesta al requerimiento del 2017, correspondiente a 3310 estructuras de soporte eléctrico, considerando las bases de datos de OSINERGMIN, identificándose ocho (08) códigos de la base de datos "MOD INV\_2017" y a catorce (14) códigos de la base de datos "SICODI".

Adicionalmente, para el caso de la infraestructura de soporte eléctrico cuyos códigos no fueron proporcionados, se consideraron precios promedio de postes y torres extraídos de la base de datos "MOD INV\_2017", según el nivel de tensión (60 KV o 220 KV), categorizado por tipo de estructura (torre o poste de suspensión, ángulo menor, ángulo mayor y anclaje, retención intermedia y terminal), lo cual es compatible con las características de la infraestructura de soporte eléctrico señaladas por ELECTRO DUNAS, para el caso de los códigos no proporcionados.

N°	Código de la Base de Datos "MOD INV_2017" y/o "SICODI"	DESCRIPCIÓN DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO (POSTES Y/O TORRES)	PRECIO CIF UNITARIO* (US\$ sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	PPM02	POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 MTS. CL.5	118,19	SICODI
2	PPM01	POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 MTS. CL.4	142,87	SICODI
3	PPC05	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	160,27	SICODI
4	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	189,80	SICODI
5	PPM19	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 MTS. CL.4	810,64	SICODI
6	PPM20	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 MTS. CL.5	325,18	SICODI
7	PPM23	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 MTS. CL.4	1.118,63	SICODI
8	PPM24	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 MTS. CL.5	397,99	SICODI
9	PPC16	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	330,02	SICODI
10	PPC17 (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	358,26	SICODI
11	PPC19	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	368,06	SICODI
12	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	427,27	SICODI
13	PPC23 (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	447,43	SICODI



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 126 de 172

17	PPC24 (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	558,57	SICODI
15	PC18/600	POSTE DE CONCRETO (18/600) DE SUSPENSIÓN (2*) TIPO SU1-18, 60 KV.	1.694,65	MOD INV_2017
16	PC18/800	POSTE DE CONCRETO (18/800) DE SUSPENSIÓN (2*) TIPO SU1-18, 60 KV.	1.847,48	MOD INV_2017
17	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	TORRE DE SUSPENSIÓN (5*) – 60 a 66 KV.	4.010,38	MOD INV_2017
18	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	TORRE DE ÁNGULO MENOR (30*) – 60 a 66 KV.	6.092,64	MOD INV_2017
19	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	TORRE DE ÁNGULO MAYOR (65*) – 60 a 66 KV.	8.298,93	MOD INV_2017
20	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15*) – 60 a 66 KV.	10.633,51	MOD INV_2017
21	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	POSTE DE ACERO DE SUSPENSIÓN (2*) – 220 KV a más.	6.265,39	MOD INV_2017
22	Corresponde a un conjunto de códigos (*)	POSTE DE ACERO DE SUSPENSIÓN (25*) – 220 KV a más.	16.800,98	MOD INV_2017

Nota:

(\*) Códigos de infraestructura de soporte eléctrico utilizados como referencia.

(\*\*) Para los precios extraídos del SICODI se ha considerado una actualización a razón de un 16% para el periodo Dic. 2012 a Dic. 2017, considerando la variación del Índice de Precios de Materiales de Construcción (IPMC) para dicho periodo. En dicho índice el componente de madera, concreto y acero, constituyen en su conjunto 36,86% de la canasta de referencia.

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, así como las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

Nº	CÓDIGOS DE SUMINISTRO DE "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	Nivel de Tensión (BT, MT, AT)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IVA)
1	PPM02	BT	0,10
2	PPM01	BT	0,10
3	PPC05	BT	0,11
4	PPC06	BT	0,14
5	PPM19	MT	1,00
6	PPM20	MT	0,41
7	PPM23	MT	1,40



8	PPM24	MT	0,50
9	PPC16	MT	0,42
10	PPC17	MT	0,45
11	PPC19	MT	0,47
12	PPC20	MT	0,54
13	PPC23	MT	0,57
17	PPC24	MT	0,71
15	PC18/600	AT	2,10
16	PC18/800	AT	2,30
17	Corresponde a un conjunto de códigos	AT	5,10
18	Corresponde a un conjunto de códigos	AT	7,70
19	Corresponde a un conjunto de códigos	AT	10,50
20	Corresponde a un conjunto de códigos	AT	13,50
21	Corresponde a un conjunto de códigos	AT	7,90


Nota:

(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América.

Como se observa en el cuadro anterior, es posible asociar bajo un sólo valor de retribución mensual un conjunto de retribuciones, en función del nivel de tensión y las características de la infraestructura de soporte eléctrico, en función al nivel de varianza y magnitud de los valores de dichas retribuciones. En tal sentido, en el siguiente cuadro se muestran seis categorías de retribución mensual a ser pagada por cada arrendatario:

N°	BASES DE DATOS DE INGENIERÍA DE REFERENCIA	NIVEL DE TENSIÓN	DESCRIPCIÓN DE LOS POSTES Y TORRES DE ELECTRODINAMAS	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IVA)
1	SICODI	BAJA TENSIÓN	POSTE DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO DE 8 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	0,11
2	SICODI	MEDIA TENSIÓN	POSTES DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO, DE 12, 13 Y 15 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	0,65
3	MOD INV_2017	ALTA TENSIÓN	POSTE DE CONCRETO DE SUSPENSIÓN (2°) O TIPO SU-18, DE 60 A 66 KV	2,20
4	MOD INV_2017	ALTA TENSIÓN	TORRE DE SUSPENSIÓN (5°) O TORRE DE ÁNGULO MENOR (30°), DE 60 A 66 KV	6,40
5	MOD INV_2017	ALTA TENSIÓN	TORRE DE ÁNGULO MAYOR (65°) O TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°), DE 60 A 66 KV	12,00
6	MOD INV_2017	ALTA TENSIÓN	POSTE DE ACERO DE SUSPENSIÓN (2°) DE 220 KV A MÁS	7,90



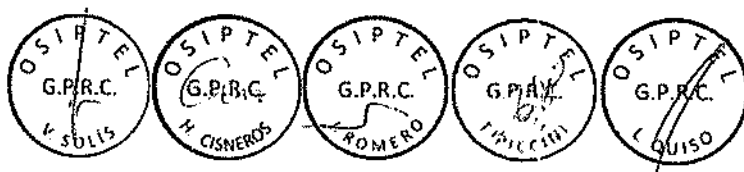
	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 128 de 172

Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada poste y/o torre de ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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.

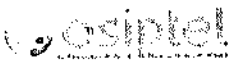
Cabe señalar, que los referidos valores de retribución mensual por arrendatario es el resultado de los siguientes cálculos:

- 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 está 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 ELECTRO DUNAS, 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 **3310 estructuras de soporte eléctrico** que ELECTRO DUNAS arrienda a AZTECA PERÚ, según lo reportado en el marco del presente procedimiento.





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 129 de 173

#### 4.3.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO

##### 4.3.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Carta DJ-357/18 recibida el 16.02.2018).


AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica 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, señala que se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el MTC en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de la infraestructura. En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que 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.

AZTECA PERÚ manifiesta que 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, considera 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.**

Por tanto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00009-GPRC/2018, 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.

Asimismo, manifiesta 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, refiere que 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, AZTECA PERÚ señala que 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).**



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 130 de 173

Por ello, AZTECA PERÚ considera 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). Señala que ello se evidencia 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, refiere que 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.

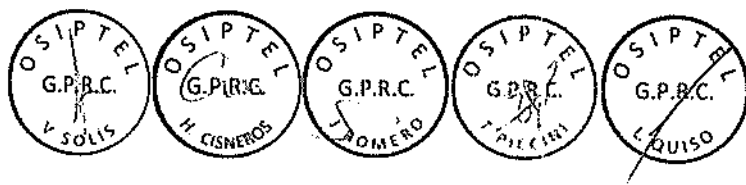
De este modo, AZTECA PERÚ señala que si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, claramente el MTC decidió que, para efectos de regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), como se puede observar a continuación:

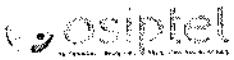
*"Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm<sup>2</sup>) y hasta 3 cables 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)*

En ese orden de ideas, AZTECA PERÚ manifiesta que el Informe N° 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 N° 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, señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26 esclarece las dudas que podría tenerse sobre el valor del denominador "Na", ratificando que el valor correcto para su aplicación en la Metodología es tres (3).

AZTECA PERÚ considera 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", de 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el "Informe económico"), que adjuntó como Anexo 2-A de su Escrito No. 2.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 131 de 173

Por tanto, AZTECA PERÚ manifiesta 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 N° 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. En efecto, según refiere AZTECA PERÚ, en la página 61 del Informe N° 00221- GPRC/2017 únicamente se hace referencia al Informe N° 292-2017- MTC/26, cuando el Informe N° 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.


AZTECA PERÚ considera que, adicionalmente y en línea con lo desarrollado previamente, corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe N° 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.

AZTECA PERÚ sostiene que lo solicitado previamente resulta trascendental pues, 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 claramente definido el MTC. AZTECA PERÚ refiere que el haberse 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:

- (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 N° 251-2013- MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.
- (iii) La contraprestación fijada inicialmente en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 132 de 173

#### 4.3.5.2 COMENTARIOS DE ELECTRO DUNAS RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Escrito N° 9 recibido el 28.02.2018).

- **SOBRE LA FACULTAD DEL OSIPTEL DE MODIFICAR LA REMUNERACIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO.**

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

Manifiesta ELECTRO DUNAS que en ese mismo sentido, el Anexo 1 establece que los valores otorgados a las variables "m", "l", "h" y "f" pueden ser modificados mediante la resolución viceministerial. Sin embargo, no se señala lo mismo respecto a la variable "Na", la cual, debe entenderse, sólo podría ser modificada por Decreto Supremo. Por este motivo, consideran que carece de fundamento jurídico la pretensión de modificar



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 133 de 173

la variable "Na" y es ilegal que el Proyecto de Mandato proponga la modificación de dicha variable cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, el Reglamento) deja sentado bajo Decreto Supremo el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

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

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


*"En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a 03. 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 adicional por el uso de infraestructura (por 01 cable). Debe señalarse que con la aplicación de una "Na" = 03, la Renta Mensual será igual a lo que debe pagar 01 arrendatario por el acceso a la infraestructura, y no se genera distorsiones (para arriba o abajo) en los pagos y cobros".<sup>111</sup>*

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

Manifiesta ELECTRO DUNAS que, el OSIPTEL al asignar el valor 03 a la variable "Na", como número de arrendatarios, estaría excediendo sus competencias más allá de lo establecido en la Ley N° 29904, pues en el supuesto negado de existir una controversia sobre la asignación del valor, esta controversia debería ser resuelta con

<sup>111</sup> Página 78 del Informe.



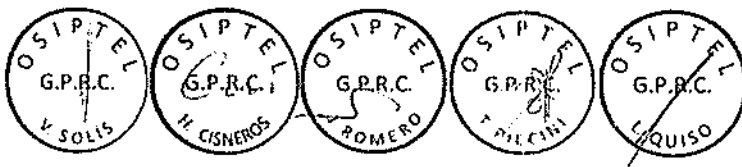
	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 134 de 173
	INFORME	

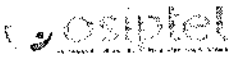
los mecanismos de solución determinados en el Contrato, siendo que la forma de determinación de la contraprestación se establece de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento.

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

Manifiesta ELECTRO DUNAS que se tenga en cuenta que, de acuerdo al artículo 70 de la LPAG, *"la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan"*. En el presente caso, sin embargo, ni la Ley N° 29904 ni su Reglamento han otorgado competencias al OSIPTEL para fijar y mucho menos modificar retribuciones de compartición sobre la base de *"únicamente (...) el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular"* (como señala el artículo 34 de la Ley N° 28295), sino que por el contrario, la misma Ley N° 29904 ha dejado delegado en el Reglamento la metodología para el cálculo de dicha retribución sobre la base de un factor "Na" cuyo valor -conforme lo han señalado a lo largo del procedimiento- no ha sido modificado y prevalece como número efectivo de arrendatarios, conforme han entendido tanto AZTECA PERÚ como ELECTRO DUNAS en el Convenio celebrado. Por tanto, señalan que el OSIPTEL DEBE ABSTENERSE de dictar un mandato de compartición como aquél que sugiere el Informe, pues estaría cometiendo una clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia, con las consiguientes responsabilidades funcionales que se desarrollan en las leyes correspondientes.

A efectos de complementar la posición que ha asumido ELECTRO DUNAS frente al cálculo de la retribución y los efectos de que OSIPTEL modifique la retribución acordada en el Convenio, adjuntan al presente el *"Informe económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los*



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 135 de 173

concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones”, elaborado por Macroconsult S.A.

**4.3.5.3 COMENTARIOS ADICIONALES DE AZTECA PERÚ EN RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE ELECTRO DUNAS (Carta DJ-544/18 recibida el 21.03.2018).**


- **EL DENOMINADOR “Na” DE LA METODOLOGÍA TIENE UN VALOR IGUAL A TRES (3)**

AZTECA PERÚ refiere que ELECTRO DUNAS 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. En dicho informe se 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, ELECTRO DUNAS terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ. En esa línea, se señala que 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).

Al respecto, AZTECA PERÚ 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 nuestro cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Sin embargo, señalan que lo que ELECTRO DUNAS pretende negar con su argumentación es que AZTECA PERÚ únicamente debe 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.

En tal sentido, señala AZTECA PERÚ que su argumentación para acreditar que el valor del denominador “Na” de la Metodología es igual a tres (3) es correcta, pues precisamente se busca que ELECTRO DUNAS respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA PERÚ no ha generado. Es más, indican que 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 ELECTRO DUNAS, un cable de fibra óptica.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 136 de 173

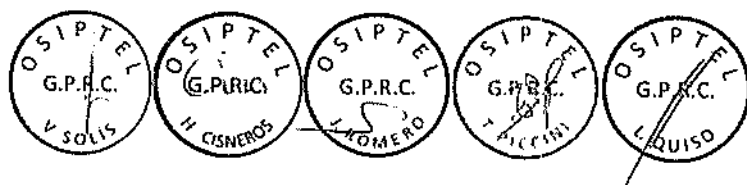
Indica AZTECA PERÚ que no es cierto que pretenda pagar solo un tercio del costo incremental que le corresponde por colocar su cable de fibra óptica en la infraestructura de ELECTRO DUNAS. Señalan que, a diferencia de lo alegado por ELECTRO DUNAS, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos 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 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.

AZTECA PERÚ 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). 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%.


Indica AZTECA PERÚ 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. 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.

AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener en cuenta que la formulación tarifaria sólo ha considerado cuál es sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento 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. Por tanto, consideran 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.

Señala AZTECA PERÚ que a mayor abundamiento, se ha reiterado sin fundamento en el Informe de Macroconsult 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





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 137 de 173
	INFORME	

mantenimiento que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.

Manifiesta AZTECA PERÚ que claramente, si bien se 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, como ha explicado AZTECA PERÚ en los 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).

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ 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, 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, reitera 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 Compartición, por lo que cuando AZTECA PERÚ advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con ELECTRO DUNAS para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.

AZTECA PERÚ señala que para responder con detalle a las premisas en las que se sustenta el 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.

Señala AZTECA PERÚ que, como se ha podido evidenciar, 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. Teniendo en cuenta esto, 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.

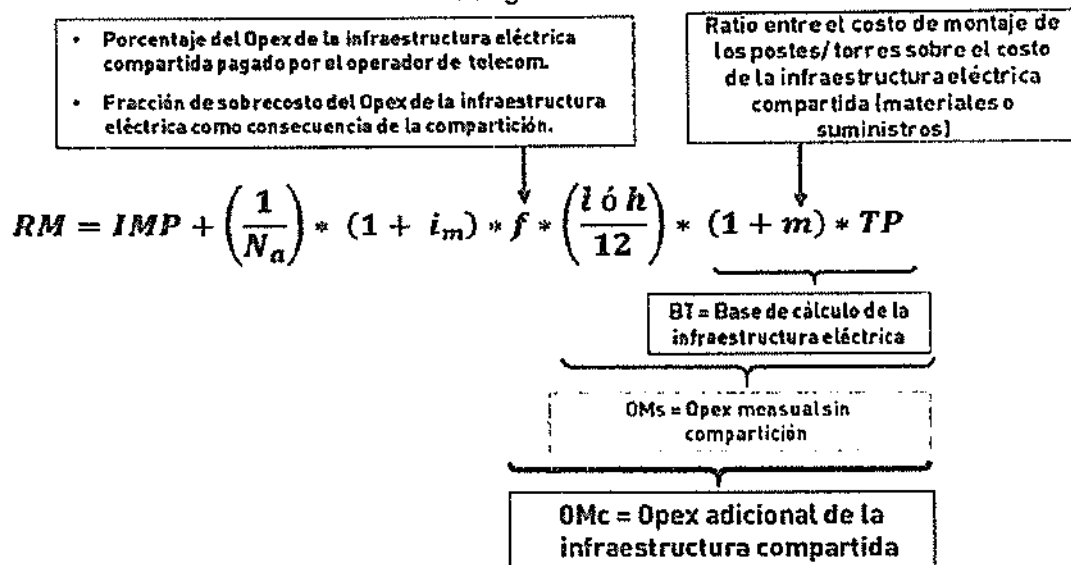


**4.3.5.4 COMENTARIOS ADICIONALES DE ELECTRO DUNAS EN RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 10 recibido el 22.03.2018).**

- **ASPECTOS ECONÓMICOS SOBRE LA RETRIBUCIÓN POR ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA EN EL MARCO DE LA LEY N° 29904.**

ELECTRO DUNAS señala que la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) reconoce contraprestaciones periódicas para remunerar la operación y mantenimiento, así como un margen de utilidad razonable. El Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, estableció la fórmula de la contraprestación periódica que remunera los sobrecostos que los operadores de telecomunicaciones deben pagar a los operadores del sector eléctrico (ver Gráfico N° 1). Según este Anexo, los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f” podrán modificarse mediante resolución del Viceministerio de Comunicaciones.

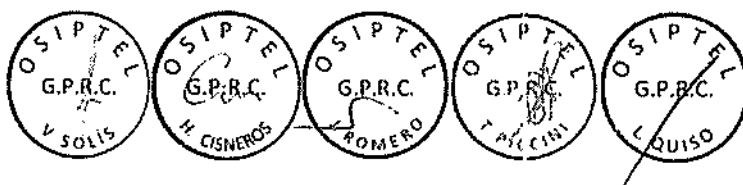
**Gráfico 1: Contraprestación mensual por el uso de su infraestructura del servicio público de energía eléctrica**



Fuente: Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (D.S. 014-2013-MT).

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
- Na: Número de arrendatarios.
- im: Margen de utilidad razonable o tasa de retorno mensualizada.
- l: Proporción de los costos de operación y mantenimiento de los postes / torres de baja tensión respecto al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR). Este se estimó en 7.2% para baja tensión.



- h: Proporción de los costos de operación y mantenimiento de los postes / torres de media y alta tensión respecto al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR). Este se estimó en 13.4% para media y alta tensión.
- TP: Costo de torres o postes regulados por el sector energía.

Indica que como bien lo han expuesto a lo largo del presente procedimiento, el artículo 25 del Reglamento establece dos modalidades para materializar la compartición de la infraestructura: mediante un contrato de compartición, o mediante un mandato de compartición. En este contexto, en 2015, varias empresas del sector eléctrico firmaron con AZTECA PERÚ contratos de acceso y uso de infraestructura con los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, mediante los cuales se pactaron contraprestaciones mensuales por acceso y uso de dicha infraestructura, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.

Indica ELECTRO DUNAS que el 5 de agosto del 2017 se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, 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 que se estableció en el Anexo 1 del Reglamento. Esta modificación de las variables "m" y "f" sólo aplicó para la infraestructura de media y alta tensión de las redes de transmisión y distribución, manteniéndose constantes o vigentes (m=77% y f=20%) para el nivel de baja tensión (ver Cuadro N° 1).


**Cuadro 1: Valores f y m en el Reglamento DS 014-2013-MTC y su respectiva modificación en la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/ 03**

Texto Original Anexo 1 del Reglamento DS 014- 2013-MTC	Valores modificados Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03
f 20%	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 20% para Baja Tensión.</li> <li>• 18.3% para Media y Alta Tensión.</li> </ul>
m 77% expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 77% para Baja Tensión.</li> <li>• 84.3% para Media y Alta Tensión.</li> </ul>

Fuente: MTC

Señala ELECTRO DUNAS que la presente controversia no se refiere a la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento o a la modificación de los parámetros "m" y "f" de dicha metodología, sino en la interpretación del parámetro "Na" propuesta por AZTECA PERÚ y recogida por el Viceministerio de Telecomunicaciones (*sic*) y por el OSIPTEL en los proyectos de mandatos de compartición.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 140 de 173

Considera ELECTRO DUNAS que la interpretación de AZTECA PERÚ en el sentido de que el parámetro "Na" es igual a 3 debido a que un poste/ torre de la red eléctrica puede soportar un máximo de 3 cables de fibra óptica, falla en reconocer la totalidad de los costos económicos relacionados a la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, comprometiendo con ello su viabilidad financiera. Las tarifas y los cargos aprobados por la regulación deben ser consistentes con la cobertura y la sostenibilidad de los costos de inversión, operación y mantenimiento de la misma, incluyendo un retorno razonable.

Señala ELECTRO DUNAS que el criterio según el cual el parámetro "Na" es igual a 3, en función del espacio máximo disponible para cables de fibra óptica en los postes y torres de las empresas eléctricas, ha sido claramente cuestionado por 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 los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones"* elaborado por Macroconsult y presentado a OSIPTEL en el presente procedimiento mediante escrito del 28 de febrero de 2018. Las principales razones por las cuales se cuestiona técnicamente la eventual decisión del OSIPTEL de dictar un mandato y modificar la retribución pactada se exponen a continuación:

- a) Establecer un nuevo valor al parámetro "Na" desconoce que en un incremento indivisible y discreto de la infraestructura de redes (utilizada para más de un servicio) existen economías de ámbito derivadas de los costos comunes (aprovechamiento de un mismo activo disponible: postes y torres) entre los servicios de redes eléctricas y el arrendamiento de espacios para la instalación de fibra óptica. Por lo tanto, el costo de operación y mantenimiento de la compartición tiene un alto componente fijo (como, por ejemplo: el personal administrativo, costos de monitoreo y supervisión de las redes, costos de seguros, etc.) que requiere ser financiado por los arrendatarios de la infraestructura compartida (operadores de telecomunicaciones). Así pues:

- No se tiene en cuenta que el costo incremental medio tiene una tendencia decreciente.

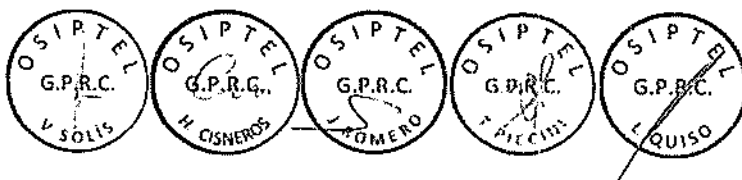
El costo incremental correspondiente al bien j-ésimo en el caso de una firma multi-producto se determina a partir de la siguiente metodología (fórmula):


Las principales características del costo incremental desde una perspectiva económica son:

$$\text{Costo incremental por producir el bien "j"} \quad C I_j = C(Y) - C(Y_{-j}) \quad \text{Costo de producir todos los bienes, excepto el bien "j"}$$

Costo total

- Indivisibilidad del costo incremental. Por lo tanto, no es aplicable el costo incremental individual sino más bien el costo incremental medio



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 141 de 173
	INFORME	

(CIM). Este CIM es decreciente cuando se tiene un monopolio natural como en las industrias de redes (transmisión y distribución).

- El costo incremental mide el impacto que tiene en los costos totales, un cambio discreto y no divisible en la capacidad de producción. Conceptualmente es incorrecto utilizar conceptos como "costo incremental individual" o similares.

Cuando existen costos fijos de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables, el costo incremental medio presentará una tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados. Por lo tanto, debe respetarse el 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.

Esto se debe a que en la infraestructura de redes (utilizada para más de un servicio), además de costos incrementales medios decrecientes, existen economías de ámbito derivados de los costos comunes (aprovechamiento de un mismo activo disponible) entre los servicios de redes eléctricas y el arrendamiento de espacios para la instalación de fibra óptica.

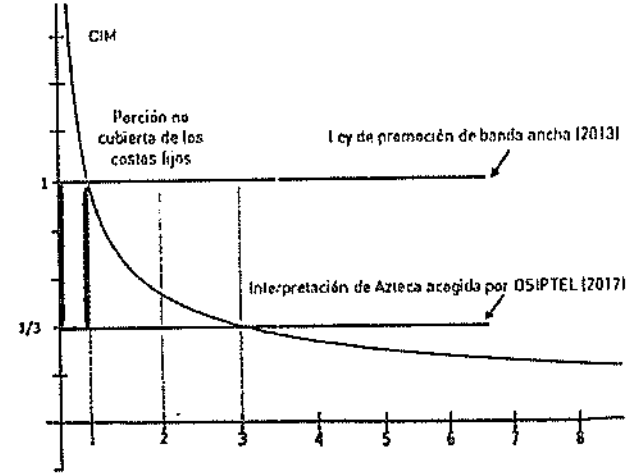
- La interpretación del parámetro "Na" de AZTECA PERÚ desvincula la contraprestación mensual del criterio del costo incremental.

Señalan que cuando el Viceministerio de Comunicaciones y el OSIPTEL interpretan 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.

Por lo tanto, consideran que si existe un solo arrendatario efectivo y éste sólo cubre su costo incremental individual (establecido por el OSIPTEL), los operadores eléctricos no cubrirían parte del componente de costo fijo del Opex incremental total (ver Gráfico N° 2).



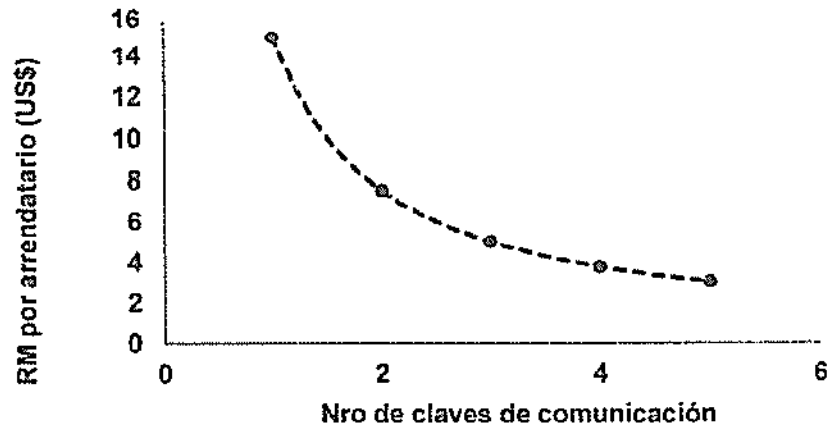
**Gráfico N° 2: Contraprestación Mensual según Reglamento vs Interpretación de AZTECA PERÚ**



Fuente: Macroconsult.

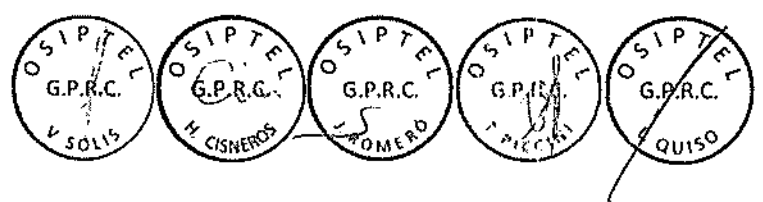
Señalan que el cálculo del OSIPTEL ignora que existen costos fijos de operación y mantenimiento. Por lo tanto, el costo incremental medio presenta una tendencia decreciente a medida que aumente el número de cables instalados debido a la presencia de economías de diversificación (ver Gráfico N° 3).

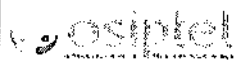
**Gráfico N° 3: Costo incremental medio o RM por arrendatario según Macroconsult**



Fuente: Macroconsult.

Además, señalan que se debe considerar que en la práctica existe un solo arrendatario que paga el costo de operación y mantenimiento de un cable de fibra óptica diseñado e implementado para la RDNFO. Indican que, asumir que el único arrendatario (AZTECA PERÚ) pague una parte proporcional (1/3) de costo incremental total, afecta la sostenibilidad



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 143 de 173

financiera de servicio complementario de compartición de infraestructura eléctrica.


Consideran que lo anterior convierte a la eventual decisión del OSIPTEL en ilegal, por suponer una grave afectación al principio de proporcionalidad y, sobre todo, por atentar directamente contra la propiedad y libertad de empresa del concesionario de la infraestructura eléctrica, toda vez que no se le reconocen efectivamente los costos asumidos por brindar acceso y uso de sus redes a AZTECA PERÚ. Esta afectación a derechos constitucionales de la empresa supone una causal de invalidez de la decisión, conforme a lo señalado en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley Nº 27444.

- b) Asimismo, señalan que la decisión de fijar un nuevo valor para "Na" no considera el criterio de viabilidad económica relacionado a la demanda actual del servicio por parte del operador (u operadores) de servicios públicos de telecomunicaciones. 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 OSIPTEL en 3) en la red de transmisión y distribución de los concesionarios del servicio público de electricidad. Ello llevaría a un déficit de financiamiento de la infraestructura provista por el proveedor de energía eléctrica. Lo anterior nuevamente demuestra un distanciamiento entre la decisión del OSIPTEL y la praxis. Establecer un valor "Na" diferente a lo pactado por las partes.
- c) Manifiestan que la modificación del "Na" planteada por el OSIPTEL no considera el criterio de viabilidad financiera para que las empresas eléctricas puedan cubrir los costos de la compartición con la remuneración mensual de los operadores de telecomunicaciones debido a que las empresas eléctricas tendrán que asumir los costos incrementales de los espacios máximos disponibles sin tener la certeza que dichos espacios serán utilizados en el futuro por otros arrendatarios para completar el espacio máximo disponible.

Por lo tanto, señalan que el valor del parámetro "Na" es igual a 3, independientemente del número de arrendatarios efectivos, es equivalente a una expropiación regulatoria ya que incrementa el beneficio de las empresas de telecomunicaciones a expensas del mayor riesgo asumido por las empresas eléctricas (por ende, de un menor beneficio). Toda afectación a un derecho constitucional vicia de nulidad al acto administrativo emitido. En este caso, un eventual mandato dictado por OSIPTEL podría ser cuestionado por "enriquecer" a AZTECA PERÚ a costa de la desmejora económica del concesionario de la infraestructura eléctrica.

- d) Manifiestan que la modificación del parámetro "Na" de AZTECA PERÚ no induciría a una reducción de precios para el usuario final de servicios de



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 144 de 173
	INFORME	

telecomunicaciones de la RDNFO debido a que AZTECA PERÚ solo puede cobrar la tarifa fija estipulada en su contrato de concesión equivalente a US\$23 más IGTV por megabit por segundo. Por lo tanto, al no ser esta tarifa un precio tope sino fijo, AZTECA PERÚ se vería impedido de cobrar por debajo del mismo, dado que ello requeriría un mayor cofinanciamiento por parte del Estado.

- e) Las prácticas regulatorias en otros servicios de telecomunicaciones y otras industrias de redes reconocen la naturaleza de los costos fijos y que las contraprestaciones derivadas de aumentos incrementales de la inversión, operación y mantenimiento se basan en la demanda efectiva por el servicio (y no en la capacidad máxima de la oferta).
- f) Manifiestan 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. Un estudio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) de Colombia estimó, 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, señalan 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.

En consecuencia, ELECTRO DUNAS indica que la remuneración mensual debería reconocer todo el costo incremental de la compartición de infraestructura que utilicen los arrendatarios efectivos (operadores de telecomunicaciones), porque los costos incrementales son más de naturaleza fija que variable.

#### 4.3.6 POSICIÓN DEL OSIPTTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

##### a) *Sobre el valor asignado a la variable "Na".*

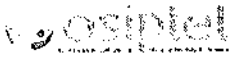
Al respecto, el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico, señalando lo siguiente:

*"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:*





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 145 de 173


- 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.
- 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,



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 146 de 173

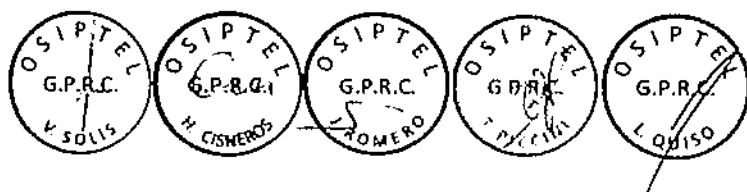
es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario. En ese entendido, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.

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 Cabapico 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
00006-2016-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
00004-2016-CD-GPRC/MC	115-2016-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	N° 00082-GPRC/2018 Página: 147 de 173
	INFORME	

**b) Sobre las conclusiones del Informe de la consultora “BC Económica” y del Informe de Macroconsult remitido por las partes.**


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 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.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 148 de 173

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

Al respecto se debe hacer notar en primer lugar, que el numeral 1.5 y 1.6 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 detalla a continuación:

*"1.5. En ese sentido, en estricto cumplimiento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de fibra Óptica, aprobada mediante Ley Nº 29904, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 014-2013-MTC, efectuó un requerimiento al CONCESIONARIO ELÉCTRICO para el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica mencionada en la Cláusula 1.4*

*1.6. En consecuencia, después de haber negociado de buena fe, libremente y de forma completa dentro del plazo otorgado 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 para dichos efectos, AZTECA y el CONCESIONARIO ELÉCTRICO han acordado suscribir el presente Contrato."*


Como se observa, el contrato hace mención expresa en dicha cláusula, al artículo 25.2 del referido Reglamento, el cual establece la obligación de remisión del contrato al OSIPTEL para efectos de supervisión, tal como se detalla a continuación:

*"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.**" (El resaltado es nuestro).*

Así, al momento de la firma del referido contrato, las partes reconocen la potestad del OSIPTEL para supervisar las condiciones pactadas en la relación contractual, lo que implica que eventualmente podrían requerirse modificaciones al referido contrato como consecuencia del ejercicio de la referida facultad de supervisión, en particular, cuando alguna de las cláusulas del contrato vaya en contra de una norma vigente.

En efecto, corresponde al OSIPTEL, en el ejercicio de la función conferida por el artículo 32 de la Ley Nº 29904, el velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de dicha ley, y para tal fin, como se señala en dicho artículo, podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018 Página: 149 de 173
	INFORME	

De manera particular, el artículo 13.4 de la Ley N° 29904 señala que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, 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 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."*** (El resaltado es nuestro).

En consecuencia, al momento de la firma del contrato, las partes son conscientes que no es una simple remisión de contrato al OSIPTEL para conocimiento, sino que podría haber adecuaciones que deban realizarse al contrato como consecuencia del ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL para velar que las contraprestaciones fijadas se ajusten a la referida metodología, más aún cuando a la fecha de la firma del contrato, ya existían vigentes Mandatos de Compartición emitidos por este organismo.


Asimismo, la Ley N° 29904 señala que el OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30 de la referida ley, entre ellas, por incumplir las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada, tal como se tipifica en el literal b) del artículo 30.2. Cabe señalar, que las referidas disposiciones sobre la contraprestación a ser aplicada a que se refiere el artículo 30.2 de la ley, no sólo incluye a disposiciones de la referida ley, sino también disposiciones de su reglamento, y otras que emita el OSIPTEL sobre dicha materia, como es el caso del presente Mandato de Compartición.

Así, 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***



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 150 de 173

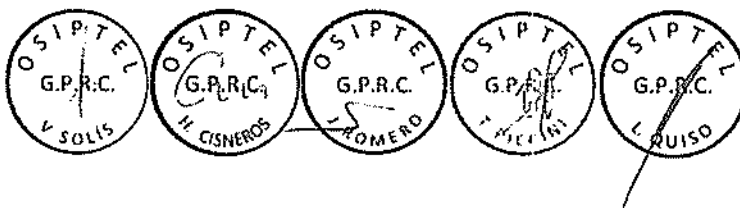
*un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.” (El resaltado es nuestro).*

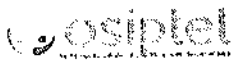
De esta manera, el espíritu de la normativa bajo la cual las partes suscriben el contrato, **salvaguarda el principio de “No Discriminación” respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones**, por parte de concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos. Dicha disposición 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 las variables m, l, h, y f de la fórmula establecida en el referido Anexo 1, que sean considerados 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 se si hayan considerado los valores vigentes para las variables 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 interviene 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” señalado en el referido artículo 30.4 del Reglamento de la Ley Nº 29904, normativa conocida por las partes al momento de la suscripción del contrato. De esta manera, el Reglamento de la Ley Nº 29904 asegura que cualquier cambio normativo que se produzca en materia de compensación económica obligará a las partes a adecuar los términos del contrato a ese cambio, de otro modo, implicaría un trato discriminatorio por los posibles cambios en los valores de los parámetro de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904.

Más aún, el segundo párrafo numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta del contrato suscrito por las partes, referida a la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de ENEL, se señala lo siguiente:

“...  
**En caso se modifique el método de cálculo del valor unitario que actualmente se halla contenido en el Anexo Nº 1 del Reglamento de la Ley 29904 (DS 014-2013-MTC), dicha modificatoria se tendrá en cuenta para la revisión de los valores contenidos en el numeral 4.3”** (El resaltado es nuestro).



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 151 de 173

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, de realizar la actualización de los valores de contraprestación mensual a causa de cambios en la referida fórmula, tal como se produjo a través de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 el MTC que modificó dicha fórmula.

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

#### 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 17.10.2017):

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 ELECTRO DUNAS. 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 ELECTRO DUNAS. 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



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 152 de 173

operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada<sup>112</sup>; 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.

Señalan que en dicho escenario, ante la resolución del contrato de compartición, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de ELECTRO DUNAS, puesto que de no hacerlo, será éste último quien ordene el retiro de los cables.

Indica que de este modo el retiro del cable de la red dorsal de la infraestructura de ELECTRO DUNAS 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.

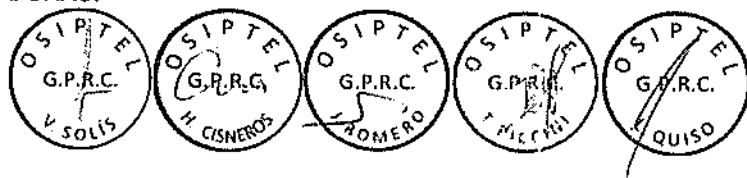
Precisa que inclusive, en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica<sup>113</sup>, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA PERÚ continúe abonando una contraprestación que a todas luces 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 ELECTRO DUNAS 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.

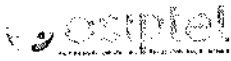
Por lo expuesto, solicitan que el OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> 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 ELECTRO DUNAS.





	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 153 de 173

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 ELECTRO DUNAS.

#### 4.4.2 POSICIÓN DE ELECTRO DUNAS:

ELECTRO DUNAS rechaza toda afirmación de AZTECA PERÚ referida a que la aplicación de la Metodología conforme a lo pactado en el Contrato genera un riesgo a la continuidad del Proyecto de la RDNFO. Indican que el Contrato de Concesión garantiza a AZTECA PERÚ los recursos necesarios para la ejecución del Proyecto de la RDNFO.

Señalan que AZTECA PERÚ pretende revestir su solicitud bajo el manto de la necesidad pública e interés nacional, así como la falta de cumplimiento de la regulación vigente por parte de ELECTRO DUNAS, no obstante indican que:

- a. En ningún momento ELECTRO DUNAS ha insinuado o pretendido incumplir con la normativa vigente, todo lo contrario, ha utilizado los mecanismos previstos en la misma a efectos de poder dar una aplicación adecuada a la regulación, solicitando al OSIPTEL su pronunciamiento sobre la RVM a través de una reclamación ante el Cuerpo Colegiado; y,
- b. Bajo ningún supuesto ELECTRO DUNAS ha puesto en riesgo el acceso o la continuidad del servicio prestado a favor de AZTECA PERÚ en virtud del Contrato que, hasta la fecha de inicio de la presente solicitud, han venido ejecutándose de manera regular y pacífica conforme al principio de buena fe y común intención de las partes que debe regir a todas las relaciones contractuales<sup>114</sup>.


Manifiestan que bajo el pretexto de proteger la continuidad de dicho proyecto, se puede admitir que AZTECA PERÚ incumpla las obligaciones asumidas libremente conforme al Contrato. Por el contrario, señalan que tal como la Ley de Banda Ancha establece, el uso y acceso a las instalaciones se otorgará a AZTECA PERÚ conforme al contrato que las partes suscriban para dicho efecto conforme a las normas vigentes, el cual es obligatorio y, su incumplimiento, legítimamente, habilitaría a ELECTRO DUNAS a resolverlo, al amparo del Derecho aplicable. Consideran que lo contrario, sería un claro abuso del derecho de acceso por parte de AZTECA PERÚ.

#### 4.4.3 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

<sup>114</sup> Artículo 1362° del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 154 de 173

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 posibles 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.

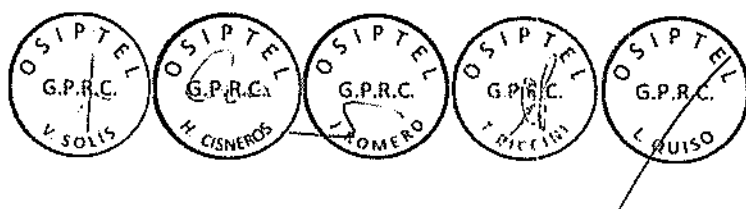
#### **4.5 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ELECTRO DUNAS.**

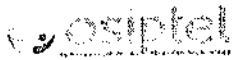
##### **4.5.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 17.10.2017):**

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, ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 155 de 173

#### 4.5.2 POSICIÓN DE ELECTRO DUNAS (Escrito recibido el 14.11.2017):

ELECTRO DUNAS solicita se tenga en consideración la conducta procedimental de AZTECA PERÚ en el sentido de efectuar una denuncia maliciosa al solicitar la imposición de una sanción a ELECTRO DUNAS, quien se ha ceñido en todo momento a la legalidad y al ejercicio regular de sus derechos.

Consideran que han pactado válidamente y de buena fe, según las normas vigentes al momento de la suscripción del Contrato, las obligaciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica de la que es titular. En ninguna sección del Contrato las partes se pronuncian y tampoco podrían hacerlo sobre la posibilidad de inaplicar normas de carácter general.

Solicitan que se tenga en consideración los artículos 102° y 103° del Reglamento de OSIPTEL, los cuales desarrollan las sanciones en caso de presentación de una denuncia maliciosa relativa a la comisión de infracción alguna por parte de ELECTRO DUNAS<sup>115</sup>.

#### 4.5.3 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

<sup>115</sup> Decreto Supremo 008-2001-PCM - Reglamento General de OSIPTEL:


"Artículo 103.- Sanciones a la Presentación de Información Falsa

Quien proporcione a un órgano del OSIPTEL información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro registro o documento que haya sido requerido por el órgano funcional o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones del órgano funcional, incurrirá en infracción muy grave, sin perjuicio de la responsabilidad legal que corresponda." (El subrayado es nuestro).

Artículo 104.- Denuncias maliciosas

Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada."



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 156 de 173

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 ELECTRO DUNAS en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.

#### 4.6 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL.

##### 4.6.1 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO

##### 4.6.1.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL PROYECTO DE MANDATO (Carta DJ-357/18 recibida el 16.02.2018).

- **SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN:**

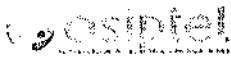
AZTECA PERÚ refiere que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, señalándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de ELECTRO DUNAS por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que si bien se encuentran de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que en su mandato el Consejo Directivo precise en el último párrafo del numeral 4.1 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.

En efecto, AZTECA PERÚ señala 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.

Así, AZTECA PERÚ sostiene que el recálculo 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.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 157 de 173
	INFORME	

En esa línea, AZTECA PERÚ propone que el último párrafo del numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, sea modificada 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 que AZTECA tenga que pagar a ELECTRO DUNAS 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."*

Por tanto, AZTECA PERÚ 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 en el punto 7.5.

De otro lado, AZTECA PERÚ señala que si bien se ha podido advertir que en el Anexo 1 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 ELECTRO DUNAS, 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, AZTECA PERÚ sostiene que 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.

Por ello, AZTECA PERÚ 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<sup>116</sup>. De ese modo, AZTECA PERÚ proporcionó dicha información como parte de sus comentarios al proyecto de mandato, para que pueda ser incorporada a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe No. 00009-GPRC/2018.

<sup>116</sup> AZTECA PERÚ señala que este es el número de torres por cada tipo que se ha encontrado utilizando desde el inicio de la relación de compartición que mantiene con ELECTRO DUNAS, por lo que los montos de retribución fijados en la tabla son los que siempre debieron regir en el Contrato de Compartición.



N°	Código de Materiales	Descripción de Materiales	Cantidad	Valor Unitario	Valor Total	Observaciones	Cantidad de Torres Tipo de Torre por Integración	Monto por Integración	Monto por Reintegración
1	5000	PIPER	142.81	0.03	4.28				
2	5000	PIPER	48.88	0.13	6.35				
3	5000	PIPER	688.84	0.07	48.22				
4	5000	PIPER	1,138.84	1.48	1,685.27				
5	5000	PIPER	54.25	0.44	23.87				
6	5000	PIPER	82.77	0.34	28.15				
7	5000	PIPER	54.43	0.78	42.46				
8	MOD ALI 2017	DELE/DC	1,842.88	3.88	7,149.37				
9	MOD ALI 2017	Corresponde a un contrato	8,788.44	13.77	120,300.00				

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ sostiene que dada la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de ELECTRO DUNAS utilizada por AZTECA PERÚ, dicha empresa 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 en el numeral anterior.

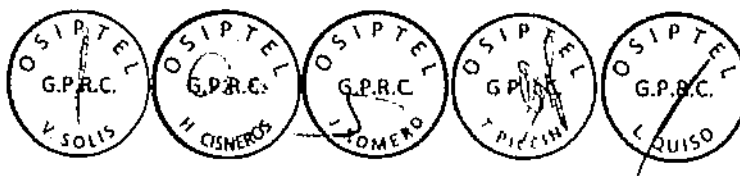
**• SOBRE LAS DISCREPANCIAS QUE PUDIERAN TENER AZTECA Y ELECTRO DUNAS SOBRE LOS MONTOS FACTURADOS ANTES DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN**

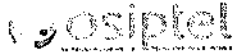
AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica que "los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato". De ese modo, AZTECA PERÚ sostiene que las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo.

AZTECA PERÚ señala 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 y ELECTRO DUNAS 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, AZTECA PERÚ refiere que, si bien entiende que los efectos del mandato de compartición 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.

De ese modo, AZTECA PERÚ considera 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.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 159 de 173

Por tanto, 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.

#### 4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


##### ***a) Sobre las características de las estructuras de soporte eléctrico de ELECTRO DUNAS.***

Para efectos de la determinación de los valores de las retribuciones mensuales considerados en el proyecto notificado para comentarios, se consideraron, entre otros, información proporcionada ELECTRO DUNAS mediante escrito recibido el 14 de noviembre de 2017 (información de 3.310 estructuras), en el marco del presente procedimiento, en la que no consignaba códigos de estructuras de soporte eléctricos que permitan identificar las estructuras en las bases de datos del OSINERGMIN, razón por la que se le reitero el requerimiento de información. Adicionalmente se consideró información remitida por dicha empresa mediante carta C.GC-1273-2016/UGC recibida el 23 de noviembre de 2016 (información de 56 estructuras), en respuesta a un requerimiento del OSIPTEL a todos los operadores eléctricos.

Sobre la base de esta información incompleta, y en base a las características técnicas de las estructuras reportadas por ELECTRO DUNAS, se definió 22 categorías de estructuras de soporte eléctrico, que reflejarían las referidas características técnicas, considerándose un conjunto de códigos de la base de datos "MOD INV\_2017" y de la base de datos "SICODI", y en base a lo cual se determinó seis (06) valores de retribución mensual, considerados en el Proyecto de Mandato notificada a las partes. Asimismo, en algunos casos se consideró promedios de precios de postes y torres correspondientes a un conjunto de códigos.

Posteriormente, mediante Escrito 05 recibido el 30 de enero de 2018, ELECTRO DUNAS absolvió las observaciones formulas por el OSIPTEL respecto de los códigos de la infraestructura de soporte eléctrico utilizada por AZTECA PERÚ. Asimismo, como parte de sus comentarios al Proyecto de Mandato, ELECTRO DUNAS no ha manifestado su acuerdo o desacuerdo respecto del referido conjunto de códigos considerados en el Proyecto de Mandato. De otro lado, AZTECA PERÚ, como parte de sus comentarios al Proyecto de Mandato, ha remitido información respecto de la cantidad de postes y torres arrendadas a ELECTRO DUNAS, por cada tipo de estructura de soporte eléctrico considerado en el Proyecto de Mandato, considerando 09 categorías de estructura de soporte eléctrico que se detallan a continuación, del total de 22 categorías consideradas para efectos de Proyecto de Mandato:



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 160 de 173
	INFORME	

CODIGO DE LA INFRAESTRUCTURA	DESCRIPCION DE ESTRUCTURAS	NIVEL DE TENSION	CANTIDAD
PPM01	POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 mts. CL.4	BAJA TENSION	62
PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	BAJA TENSION	425
PPM19	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.4	MEDIA TENSION	394
PPM23	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.4	MEDIA TENSION	8
PPC17	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	MEDIA TENSION	663
PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	MEDIA TENSION	944
PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	MEDIA TENSION	103
PC18/800	1 POSTE DE CONCRETO (18/800) DE SUSPENSION (2*) TIPO SU1-18	ALTA TENSION	410
Corresponde a un conjunto de códigos	TORRE DE ANGULO MAYOR (65°) – 60 a 66 KV.	ALTA TENSION	302

Mediante escrito recibido el 30 de enero de 2018, ELECTRO DUNAS absolvió las observaciones formuladas por el OSIPTEL respecto de los códigos de la infraestructura de soporte eléctrico utilizada por AZTECA PERÚ. En dicho reporte, ELECTRO DUNAS reportó información sobre postes y/o torres de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y metálico, sumando un total de 3.151 estructuras de soporte eléctrico, instaladas en diversos distritos de los departamentos de Ayacucho, Ica y Huancavelica. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ELECTRO DUNAS:

NIVEL DE TENSION	CODIGO DE LA INFRAESTRUCTURA	TIPO DE ESTRUCTURA	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS	CANTIDAD DE POSTES Y/O TORRES
BAJA TENSION	PPC02, PPC03, PPC05, PPC06, PPC09, PPC19, PPC20, PPF02, PPM02, PPM16.	POSTE	CONCRETO, MADERA Y METÁLICO.	427
MEDIA TENSION	PPC11, PPC12, PPC15, PPC16, PPC17, PPC18, PPC19, PPC20, PPC21, PPC23, PPC24, PPC25, PPC28, PPF04 PPF08, PPM20 PPM24.	POSTE	CONCRETO, MADERA Y METÁLICO.	1.996
ALTA TENSION	EC060COU0D0-120-S1	POSTE	CONCRETO	116
ALTA TENSION	EC060COU0S0-120-S1	POSTE	CONCRETO	307
ALTA TENSION	EC060SIU0S1-120-S1	POSTE	MADERA	2
ALTA TENSION	TA060SIR0D1C1120FA+3	TORRE	METÁLICO	1
ALTA TENSION	TA060SIR0D1C1120FR+3	TORRE	METÁLICO	2
ALTA TENSION	TA060SIR0S1C1120FR+3	TORRE	METÁLICO	7
ALTA TENSION	TA060SIR0S1C1120FS+6	TORRE	METÁLICO	293





En consecuencia, para efectos de la determinación de los valores de retribución mensual que deberá pagar AZTECA PERÚ a ELECTRO DUNAS por el acceso y uso de su infraestructura de soporte eléctrico, corresponde considerar la información proporcionada por ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ. A continuación, se señalan los códigos de estructuras de soporte eléctrico a considerar:

N°	CODIGO DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	NIVEL DE TENSIÓN
1	PPC02, PPC03, PPC05, PPC06, PPC09, PPC19, PPC20, PPF02, PPM02, PPM16. (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7, 8, 9 Y 13 METROS; POSTE DE METAL DE 8 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 Y 11 METROS - CLASE 5.	BAJA TENSIÓN
2	PPC11, PPC12, PPC15, PPC16, PPC17, PPC18, PPC19, PPC20, PPC21, PPC23, PPC24, PPC25, PPC28, PPF04, PPF08, PPM20 PPM24. (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11, 12, 13, 15 Y 17 METROS; POSTE DE METAL DE 12 Y 13 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 Y 13 METROS - CLASE 5.	MEDIA TENSIÓN
3	EC060COU0S0-120-S1 (**)	1 POSTE DE CONCRETO (18/400) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU1-18	ALTA TENSIÓN
4	EC060COU0D0-120-S1 (**)	1 POSTE DE CONCRETO (18/700) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-18	ALTA TENSIÓN
5	EC060SIU0S1-120-S1 (**)	1 POSTE DE CONCRETO (21/600) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU1-21	ALTA TENSIÓN
6	TA060SIR0S1C1120FS+6 (**)	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°) TIPO S1+6	ALTA TENSIÓN
7	TA060SIR0D1C1120FA+3 (**)	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30°) TIPO A2+3	ALTA TENSIÓN
8	TA060SIR0S1C1120FR+3 (**)	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R1+3	ALTA TENSIÓN
9	TA060SIR0D1C1120FR+3 (**)	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R2+3	ALTA TENSIÓN

(\*) Códigos de infraestructura de soporte eléctrico incluidos en la base de datos "SICODI".


(\*\*) Códigos de infraestructura de soporte eléctrico incluidos en la base de datos "MOD\_INV 2018".

**b) Sobre la actualización de los precios de las estructuras de alta tensión, considerando la base datos "MOD INV\_2018".**

Para efectos de la determinación de los valores de retribución mensual considerados en el Proyecto de Mandato notificado a las partes para comentarios, se había considerado los precios de las estructuras extraídos de la base de datos "MOD INV\_2017" del OSINERGMIN. No obstante, para efectos de la determinación de los valores de retribución mensual a ser considerados en el Mandato final, se debe considerar los precios de las estructuras extraídos de la base de datos "MOD INV\_2018" del OSINERGMIN<sup>117</sup>, por ser la última información publicada por dicho organismo respecto de los precios de estructuras de soporte eléctrico.

<sup>117</sup> <http://www2.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/pdf/2018/OSINERGMIN%20No.007-2018-OS-CD.pdf>



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 162 de 173

De otro lado, se debe indicar que la actualización de precios de la base de datos del SICODI fue realizada a fin de reflejar más cercanamente, precios vigentes para las estructuras de soporte eléctrico de distribución, dado que a la fecha el OSINERGMIN no ha publicado aún la nueva base de datos del SICODI para el periodo 2018 – 2021 actualmente en elaboración. Así, para efectos del Proyecto de Mandato ya se había considerado una actualización de precios a razón de un 16% para el periodo Dic. 2012 a Dic. 2017, considerando la variación del IPMC para dicho periodo. Cabe señalar, que en dicho índice el componente de madera, concreto y acero, constituyen en su conjunto un 36,86% de la canasta de referencia para materiales de construcción.

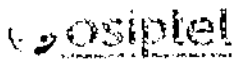
Asimismo, a fin de mantener los valores de las retribuciones mensuales acordes con los valores vigentes de la variable TP, las retribuciones mensuales establecidas en el presente Mandato se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichas estructuras de soporte eléctrico en sus bases de datos, tal como se señala en el Mandato.

En consecuencia, a continuación se muestran los referidos precios de las estructuras:

Nº	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	NIVEL DE TENSIÓN	PRECIO DE LAS ESTRUCTURAS EN BASE DE DATOS DEL OSINERGMIN (US\$, sin IGV)	BASE DE DATOS DEL OSINERGMIN
1	PPC02, PPC03, PPC05, PPC08, PPC09, PPC19, PPC20, PPF02, PPM02, PPM16.	BAJA TENSIÓN	248,10 (*)	SICODI
2	PPC11, PPC12, PPC15, PPC16, PPC17, PPC18, PPC19, PPC20, PPC21, PPC23, PPC24, PPC25, PPC28, PPF04, PPF08, PPM20 PPM24.	MEDIA TENSIÓN	470,80 (*)	SICODI
3	EC060COU0S0-120-S1	ALTA TENSIÓN	1.537,74	MOD INV_2018
4	EC060COU0D0-120-S1	ALTA TENSIÓN	1.748,65	MOD INV_2018
5	EC060SIU0S1-120-S1	ALTA TENSIÓN	2.636,11	MOD INV_2018
6	TA060SIR0S1C1120FS+6	ALTA TENSIÓN	6.523,27	MOD INV_2018
7	TA060SIR0D1C1120FA+3	ALTA TENSIÓN	11.293,85	MOD INV_2018
8	TA060SIR0S1C1120FR+3	ALTA TENSIÓN	15.625,17	MOD INV_2018
9	TA060SIR0D1C1120FR+3	ALTA TENSIÓN	19.782,96	MOD INV_2018

(\*) Promedio de los precios de las estructuras de baja/media tensión.



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 163 de 173
	INFORME	

De esta manera, sobre la base de los referidos precios de las estructuras en las bases de datos del OSINERGMIN, se determinaron los siguientes valores de retribución mensual:


Nº	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	PPC02, PPC03, PPC05, PPC06, PPC09, PPC19, PPC20, PPF02, PPM02, PPM16.	BAJA TENSIÓN	0,18
2	PPC11, PPC12, PPC15, PPC16, PPC17, PPC18, PPC19, PPC20, PPC21, PPC23, PPC24, PPC25, PPC28, PPF04, PPF08, PPM20 PPM24.	MEDIA TENSIÓN	0,59
3	EC060COU0S0-120-S1	ALTA TENSIÓN	1,90
4	EC060COU0D0-120-S1	ALTA TENSIÓN	2,20
5	EC060SIU0S1-120-S1	ALTA TENSIÓN	3,30
6	TA060SIR0S1C1120FS+6	ALTA TENSIÓN	8,30
7	TA060SIR0D1C1120FA+3	ALTA TENSIÓN	14,30
8	TA060SIR0S1C1120FR+3	ALTA TENSIÓN	19,80
9	TA060SIR0D1C1120FR+3	ALTA TENSIÓN	25,10

(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN.

De esta manera, para el caso de las estructuras de baja y media tensión, tal como se efectuó en el proyecto de mandato, se ha asociado bajo un solo valor de retribución mensual a un conjunto de retribuciones, teniendo en cuenta la varianza y la magnitud de los valores de dichas retribuciones. En tal sentido, en el siguiente cuadro se muestran nueve (9) categorías de retribución mensual a ser pagada por cada arrendatario:

Nº	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	NIVEL DE TENSIÓN	DESCRIPCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)
1	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	BAJA TENSIÓN	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7, 8, 9 Y 13 METROS; POSTE DE METAL DE 8 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 Y 11 METROS - CLASE 5.	0,18
2	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	MEDIA TENSIÓN	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11, 12, 13, 15 Y 17 METROS; POSTE DE METAL DE 12 Y 13 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 Y 13 METROS - CLASE 5.	0,59



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018 Página: 164 de 173
	INFORME	

3	EC060COU0S0-120-S1	ALTA TENSION	1 POSTE DE CONCRETO (18/400) DE SUSPENSION (2°) TIPO SU1-18	1,90
4	EC060COU0D0-120-S1	ALTA TENSION	1 POSTE DE CONCRETO (18/700) DE SUSPENSION (2°) TIPO SU2-18	2,20
5	EC060SIU0S1-120-S1	ALTA TENSION	1 POSTE DE CONCRETO (21/600) DE SUSPENSION (2°) TIPO SU1-21	3,30
6	TA060SIR0S1C11 20FS+6	ALTA TENSION	TORRE DE SUSPENSION TIPO S1 (5°) TIPO S1+6	8,30
7	TA060SIR0D1C11 20FA+3	ALTA TENSION	TORRE DE ANGULO MENOR TIPO A2 (30°) TIPO A2+3	14,30
8	TA060SIR0S1C11 20FR+3	ALTA TENSION	TORRE DE ANCLAJE, RETENCION INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R1+3	19,80
9	TA060SIR0D1C11 20FR+3	ALTA TENSION	TORRE DE ANCLAJE, RETENCION INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R2+3	25,10

(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN.

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada torre de ELECTRO DUNAS 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, pagaría de manera proporcional tantas veces como medios de comunicación instale en una determinada estructura de soporte eléctrico.

**c) Sobre considerar las cantidades de estructuras arrendadas por cada valor de retribución mensual.**

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1 del presente Mandato, la cantidad de torres de cada tipo de estructura que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a ELECTRO DUNAS, se debe señalar que se han considerado las cantidades de estructuras por cada valor de retribución mensual en función de la información proporcionada por AZTECA PERÚ mediante carta DJ-357/18 recibida el 16 de febrero de 2018, y por ELECTRO DUNAS, mediante escrito recibido el 30 de enero de 2018, los que se muestran a continuación:



N°	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ 3110V)(*)	CANTIDAD
1	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7, 8, 9 Y 13 METROS; POSTE DE METAL DE 8 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 Y 11 METROS - CLASE 5.	0,18	487
2	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11, 12, 13, 15 Y 17 METROS; POSTE DE METAL DE 12 Y 13 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 Y 13 METROS - CLASE 5.	0,59	2.112
3	EC080COU0S0-120-S1	1 POSTE DE CONCRETO (18/400) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU1-18	1,90	307
4	EC060COU0D0-120-S1	1 POSTE DE CONCRETO (18/700) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU2-18	2,20	116
5	EC060SIU0S1-120-S1	1 POSTE DE CONCRETO (21/600) DE SUSPENSIÓN (2°) TIPO SU1-21	3,30	2
6	TA060SIR0S1C112 0FS+6	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°) TIPO S1+6	8,30	293
7	TA060SIR0D1C112 0FA+3	TORRE DE ÁNGULO MENOR. TIPO A2 (30°) TIPO A2+3	14,30	1
8	TA060SIR0S1C112 0FR+3	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R1+3	19,80	7
9	TA060SIR0D1C112 0FR+3	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°) TIPO R2+3	25,10	2


(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN.

Estos nueve (09) valores de retribución mensual reemplazan los valores de renta mensual unitaria señalados en el Proyecto de Mandato notificado a las partes para comentarios.

**d) Sobre modificaciones posteriores a la fórmula de cálculo de la contraprestación mensual.**

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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 166 de 173

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.


***e) Sobre las discrepancias en los montos facturados antes de la emisión del mandato de compartición.***

Respecto de los comentarios de ambas partes, 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, mediante el ejercicio de una función normativa, a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual de los Acuerdos, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias acordado por las partes en dichos Acuerdos o de la aplicación que de él puedan decidir realizar las partes atendiendo a sus propias consideraciones.

En cualquier caso, son las partes las que deben determinar si corresponde o no activar el mecanismo de solución de controversias pertinente para dilucidar algún tema de su relación de compartición de infraestructura que, a su consideración, así lo amerite.

Finalmente, dado que los Acuerdos, así como el presente mandato, se refieren a una relación jurídica de compartición de infraestructura regulada por la Ley N° 29904 y que se encuentra sujeta a las competencias del OSIPTEL; se considera pertinente recordar que, además de la función normativa con la que cuenta el Consejo Directivo de este Organismo Regulador, el OSIPTEL cuenta con la función de solución de controversias



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 167 de 173

entre empresas, la cual, conforme a la Ley N° 27336<sup>118</sup> implica que "(...) [el] 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 (...)." Y, en esa línea, el artículo 49 del Reglamento General del OSIPTEL determina que: "(...) 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 (...)"

#### 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 17 de diciembre de 2014, 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 íntegramente la Cláusula Cuarta -Retribuciones- del referido 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 ELECTRO DUNAS, así como, algunas consideraciones para la aplicación de dicha contraprestación.

Dichas consideraciones necesarias para la aplicación de la contraprestación establecida, guardan 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, y son las siguientes:

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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

<sup>118</sup> Cfr. con el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 168 de 173


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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS, 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 ELECTRO DUNAS, 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 ELECTRO DUNAS, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ELECTRO DUNAS 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.
3. De no estar incluido en el cuadro alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ELECTRO DUNAS, 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 ELECTRO DUNAS, 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





	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 169 de 173

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 ELECTRO DUNAS que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes 17 de diciembre de 2014.

Atentamente,

Lennin Quiso Córdova  
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS  
Y COMPETENCIA (E)**



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 170 de 173

## ANEXO 1

### RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ELECTRO DUNAS


I.1 Modificar la Cláusula Cuarta- Retribuciones- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ el 17 de diciembre de 2014, con la siguiente redacción:

**"Cuarta.- Retribuciones.**

4.1 La contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de ELECTRO DUNAS será calculada conforme a los valores unitarios (por estructura) 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 Nº 29904 (Decreto Supremo Nº 014-2013-MTC) y su modificatoria:

Nº	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	NIVEL DE TENSIÓN	DESCRIPCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (c)	CANTIDAD
1	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	BAJA TENSIÓN	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7, 8, 9 Y 13 METROS; POSTE DE METAL DE 8 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 Y 11 METROS - CLASE 5.	0,18	487
2	CORRESPONDE A UN CONJUNTO DE CÓDIGOS	MEDIA TENSIÓN	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11, 12, 13, 15 Y 17 METROS; POSTE DE METAL DE 12 Y 13 METROS; POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 Y 13 METROS - CLASE 5.	0,59	2.112
3	EC060COU0S0-120-S1	ALTA TENSIÓN	1 POSTE DE CONCRETO (18/400) DE SUSPENSIÓN (2º) TIPO SU1-18	1,90	307
4	EC060COU0D0-120-S1	ALTA TENSIÓN	1 POSTE DE CONCRETO (18/700) DE SUSPENSIÓN (2º) TIPO SU2-18	2,20	116
5	EC060SIU0S1-120-S1	ALTA TENSIÓN	1 POSTE DE CONCRETO (21/600) DE SUSPENSIÓN (2º) TIPO SU1-21	3,30	2
6	TA060SIR0S1C112 0FS+6	ALTA TENSIÓN	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5º) TIPO S1+6	8,30	293
7	TA060SIR0D1C112 0FA+3	ALTA TENSIÓN	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30º) TIPO A2+3	14,30	1
8	TA060SIR0S1C112 0FR+3	ALTA TENSIÓN	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15º) TIPO R1+3	19,80	7
9	TA060SIR0D1C112 0FR+3	ALTA TENSIÓN	TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15º) TIPO R2+3	25,10	2



	DOCUMENTO	Nº 00082-GPRC/2018 Página: 171 de 173
	INFORME	

Nota:

(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2018" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.


La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS, 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 ELECTRO DUNAS, 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 ELECTRO DUNAS, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ELECTRO DUNAS 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



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 172 de 173

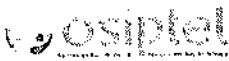
*deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.*

*De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a ELECTRO DUNAS, 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 (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.*

*Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS, 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."*

- 4.2 *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, comprendiendo la misma, a la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas. ELECTRO DUNAS tendrá a su cargo la adecuación de su infraestructura, debiendo AZTECA PERÚ asumir el pago de la adecuación, de forma proporcional. El monto que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable, conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 29904."*



	DOCUMENTO	N° 00082-GPRC/2018
	INFORME	Página: 173 de 173

**ANEXO 2**

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL POR EL ACCESO Y  
USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ELECTRO DUNAS**

**(En Disco Compacto)**

