

<b>A</b>	:	<b>GERENCIA GENERAL</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA S.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 200-2018-CD/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>EXPEDIENTE N° 00005-2018-CD-GPRC/MC</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>30 de octubre de 2018</b>

	<b>Cargo</b>	<b>Nombre</b>
<b>ELABORADO POR:</b>	<b>ANALISTA DE POLÍTICAS REGULATORIAS</b>	<b>JORGE HUAMAN SÁNCHEZ</b>
	<b>ASISTENTE DE SEGUIMIENTO DE MERCADOS</b>	<b>HENRY CISNEROS MONASTERIO</b>
<b>REVISADO POR:</b>	<b>SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD</b>	<b>TATIANA PICCINI ANTON</b>
<b>APROBADO POR:</b>	<b>GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA</b>	<b>LENNIN QUISO CÓRDOVA</b>

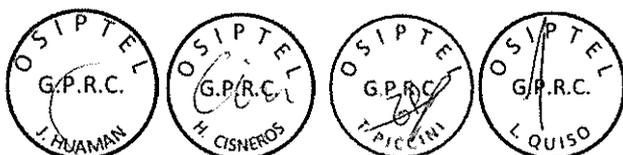
## 1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (en adelante, ADINELSA), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 200-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00005-2018-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) y ADINELSA, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 4 de marzo de 2015 (en adelante, el Contrato).

## 2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta DJ-1242/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ADINELSA 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 (en adelante, el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC<sup>1</sup>.
- 2.2 Mediante carta DJ-550/18 recibida el 23 de marzo de 2018, AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ADINELSA el 4 de marzo de 2015.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 200-2018-CD/OSIPTEL de fecha 4 de setiembre de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de setiembre de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a AZTECA PERÚ y ADINELSA el 7 de setiembre de 2018, mediante las cartas 613-GCC/2018 y 619-GCC/2018, respectivamente.
- 2.4 Mediante Escrito N° 9, recibido con fecha 28 de setiembre de 2018, ADINELSA interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.5 Mediante carta C.00609-GPRC/2018 recibida con fecha 2 de octubre de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ del recurso de reconsideración interpuesto por ADINELSA, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

<sup>1</sup> "Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos.  
(...) 30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas."



- 2.6 Mediante Escrito N° 4 recibida con fecha 9 de octubre de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por ADINELSA.
- 2.7 Mediante carta C.00627-GPRC/2018, recibida con fecha 12 de octubre de 2018, se corrió traslado a ADINELSA de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de su recurso de reconsideración.

### 3. PROCEDENCIA Y PRETENSIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

ADINELSA ha interpuesto un recurso de reconsideración el 28 de setiembre de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 200-2018-CD/OSIPTEL, efectuada el 7 de setiembre de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por ADINELSA como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad<sup>2</sup> que rige la actuación del OSIPTEL y el trámite que este Organismo Regulador brinda a los recursos que interponen los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso. En ese sentido, corresponde brindar al recurso de reconsideración de ADINELSA el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

### 4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

ADINELSA solicita al Consejo Directivo la anulación en todos sus extremos de la Resolución Impugnada y se rechace la solicitud de mandato de compartición de infraestructura presentada por AZTECA PERÚ. Sustenta su pedido en las siguientes razones:

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

ADINELSA cuestiona que se haya aplicado la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto, en el cual la única norma aplicable debe ser la Ley N° 29904. Considera que es erróneo que el OSIPTEL sostenga que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento: (i) sea aplicable no sólo para la construcción y operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones y (ii) para el desarrollo de cualquier proyecto de servicios públicos de telecomunicaciones, sea éste un proyecto de red dorsal o no, que se encuentre financiado o no íntegramente por el

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

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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



sector privado y sin importar si se trata o no de proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.

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

Por lo expuesto solicitan que se acote expresamente la aplicación y alcances de la Ley N° 29904 y el Reglamento para las redes dorsales (servicios portadores) nacionales que integren a todas las capitales de provincias del país y de redes dorsales que integren a los distritos por medio de la banda ancha, según lo señalado por el artículo 3 de la Ley N° 29904.

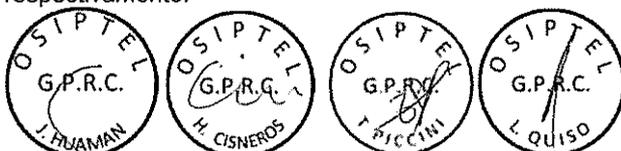
ADINELSA cuestiona que el OSIPTEL no explique el motivo por el cual la Ley N° 29904 tiene que cumplir con los "principios económicos" de la Ley N° 28295, cuando más bien aquella configura un marco especial aplicable únicamente a los casos de provisión del servicio de banda ancha. La Ley N° 29904 establece reglas propias y especiales aplicables a la relación de compartición para servicios de banda ancha (ley especial desplaza a otras leyes generales), sin la necesidad de recurrir a otros marcos normativos. Por este motivo, ADINELSA exige que se respete el principio jurídico relativo a que la ley especial prima sobre la ley general en el presente caso y que no se pretenda extender este régimen aplicable a servicios de banda ancha a otros que son ajenos a dicho servicio.

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

Señala que el primero de ellos se encuentra regulado por la Ley N° 28295 y su reglamento (indebidamente aplicado por el Consejo Directivo), los cuales regulan el acceso y uso compartido a las infraestructuras de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones<sup>3</sup>, cuyo objetivo es incentivar el acceso y efectiva capacidad de competir de los nuevos entrantes al mercado de telecomunicaciones frente a operadores dominantes.

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

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



hayan sido previamente declarados como “Proveedor Importante” por el OSIPTEL. Indica que éste, evidentemente, no es el caso de ADINELSA ni el de AZTECA PERÚ, siendo que ninguno ha sido calificado por el OSIPTEL como un “Proveedor Importante” de servicios de telecomunicaciones y ADINELSA no presta servicios de telecomunicaciones.

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

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

Sobre los aspectos cuestionados por ADINELSA, como primer punto es oportuno precisar que en el numeral 6.1.2.2 del Informe N° 00194-GPRC/2018 —en el que se sustenta el Mandato de Compartición— se desarrolla el alcance del acceso y uso compartido de infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904, del cual se deriva que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento es aplicable no sólo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones.

Igualmente, el derecho de acceso y uso de los operadores de telecomunicaciones que despliegan redes de Banda Ancha respecto de la infraestructura eléctrica, ha sido debidamente analizado en el referido Informe N° 00194-GPRC/2018 (6.1.2.2 y en párrafos precedentes) de manera específica y exclusivamente bajo la luz de las disposiciones citadas de la Ley N° 29904; por lo cual, carece de fundamento el cuestionamiento de ADINELSA cuando indica que se estaría realizando una incorrecta aplicación de la Ley N° 28295 a supuestos de hecho regulados por la Ley N° 29904 o a la inversa.

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



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

En ese sentido, las redes de telecomunicaciones que pueden ser desplegadas en la infraestructura eléctrica bajo el marco de la Ley N° 29904, son aquellas necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil. A estos efectos, debe tenerse presente que Banda Ancha, para el ámbito de la Ley N° 29904, tiene la siguiente definición<sup>4</sup> *“conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.”*

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

En cuanto a la supuesta inobservancia del OSIPTTEL del principio de “Ley especial prima sobre ley general” en el tratamiento de la Ley N° 29904 y la Ley N° 28295, se debe precisar que la aplicación del Principio de Especialidad se efectúa en ámbitos específicos en los cuales se evidencia un conflicto normativo, esto es, cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto de modo incompatible entre sí. Este supuesto no se ha evidenciado en la aplicación de las disposiciones de ambas leyes. Antes bien, lo que se advierte en el Informe N° 00194-GPRC/2018 es la complementariedad de ambas leyes, en la medida que ambos regímenes protegen la competencia, la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final.

En consecuencia, al no haberse producido en la aplicación de las disposiciones que se invocan en el Informe N° 00194-GPRC/2018, supuesto alguno de incompatibilidad entre dichas disposiciones, no existe conflicto normativo y por tanto, no se requiere recurrir a la aplicación del Principio de Especialidad. Por estas consideraciones, quedan desestimados los argumentos de ADINELSA en este extremo.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de ADINELSA para que el OSIPTTEL se pronuncie en este procedimiento respecto a que los operadores de telecomunicaciones –distintos de AZTECA PERÚ– no pueden solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con ADINELSA y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904; se debe señalar que dicha solicitud no corresponde al ámbito del presente procedimiento, que se encuentra acotado específicamente a la solicitud de AZTECA PERÚ dirigida a ADINELSA en fecha 18 de agosto de 2017, para modificar las condiciones económicas

<sup>4</sup> Cfr. con el artículo 4 de la Ley N° 29904.



de su relación de compartición creada mediante el Contrato, solicitud que derivó en el presente procedimiento de mandato ante la falta de acuerdo entre las partes. Cualquier otra solicitud, será analizada en la oportunidad y procedimiento que corresponda conforme al marco normativo aplicable.

Se enfatiza además que la actuación del OSIPTEL cumple con el principio de legalidad, como se observa del marco legal que respalda su posición y que, pese a haber sido claramente expuesto en el numeral 6.1.2.2 del Informe N° 00194-GPRC/2018, no ha recibido comentario específico alguno por parte de ADINELSA, quien se ha limitado a señalar que el OSIPTEL estaría en un “error” o que su criterio sería “inaceptable” sin indicar base legal alguna que respalde sus alegaciones.

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

#### **4.2. Procedencia para dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato de acceso y uso de Infraestructura.**

ADINELSA sostiene que el contrato de compartición y el mandato son mecanismos distintos para alcanzar el objetivo del uso de la infraestructura eléctrica. Considera que no se puede pretender que un mandato modifique un contrato de compartición o que un contrato modifique un mandato de compartición. Hace referencia al artículo 25 del Reglamento, en el cual se señala que existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, las cuales son: (i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y, (ii) el mandato de compartición.

Señala que bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, el 4 de marzo de 2015, ADINELSA y AZTECA PERÚ suscribieron el “*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica - Compartición de Infraestructura Eléctrica*”. De este modo, una vez perfeccionado un acuerdo entre las partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución es enfático al señalar que el mismo no podrá ser modificado ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, debiendo entenderse que dentro de estas “disposiciones de cualquier clase” se encuentran incluidos los eventuales mandatos que dicte el OSIPTEL. También indica que no sólo ello, sino que, además, la misma disposición constitucional agrega que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial.

Manifiesta que, el Consejo Directivo, a lo largo del Informe N° 00194-GPRC/2018, ha omitido analizar esta situación, argumentando que esta libertad contractual se encuentra sujeta también a los límites que señala el régimen económico de nuestra Constitución, entre los que se encuentra la observancia de la legalidad. De este modo, OSIPTEL sugiere que, en tanto el Contrato no observe lo dispuesto por la Ley N° 29904 y su Reglamento, el mismo podrá ser objeto de modificaciones por medio de la emisión de mandatos de compartición.



ADINELSA señala que la Constitución como norma de máxima supremacía ha dispuesto parámetros que vinculan al Estado y a la sociedad en general, por tanto, los artículos 13° y 32° de la Ley N° 29904 no pueden interpretarse menoscabando lo dispuesto por la Constitución. Por ello, considera que el artículo 25 del Reglamento otorga dos opciones a las partes: (i) negociar por 30 días calendario y posteriormente suscribir un contrato; y, (ii) de forma subsidiaria, en caso no se suscriba un contrato, la empresa de telecomunicaciones puede solicitar la emisión de un mandato. Si las partes no hubieran suscrito un contrato, el OSIPTEL de forma subsidiaria podría interferir y emitir un mandato de compartición. Sin embargo, precisan que en el presente caso, las partes voluntariamente negociaron y suscribieron un contrato, por lo tanto, el OSIPTEL no tiene competencia en el marco de la Ley N° 29904 para modificar el Contrato suscrito entre las partes.

Al respecto, se debe aclarar que el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución, en concordancia con otras normas de rango constitucional, así como su aplicación al presente procedimiento, han sido ampliamente analizados en la sección 6.1.2.3 (literal a) del Informe N° 00194-GPRC/2018, al cual nos remitimos para ratificar que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Contrato (en el año 2015) establecían lo siguiente:

- El acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- La determinación de las referidas contraprestaciones se sujeta a la metodología que establezca el Reglamento (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, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento).

En ese sentido, la autonomía de la voluntad y libertad contractual previstas en el artículo 62 de la Constitución –señalado por ADINELSA al sostener su posición– en lo que se refiere a la provisión del acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, cuenta con los límites especiales establecidos 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, en condiciones de competencia y eficiencia.



Los referidos límites se observan precisamente en los precitados artículos 13.1 y 13.4 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, limitándoles la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente, y además estableciendo que las contraprestaciones aplicables se determinan con una metodología también definida normativamente. Todo ello, en un esquema de intervención en el que se encarga a una entidad del Poder Ejecutivo (un Organismo Regulador), a través del artículo 32 de la Ley N° 29904, velar por el cumplimiento de las referidas limitaciones<sup>5</sup>.

Cabe agregar que las limitaciones antes referidas son coherentes con: (i) el artículo 58 de la Constitución, que establece materias reservadas a la actuación principal del Estado, como son los servicios públicos e infraestructura, (ii) el artículo 61 de la Constitución, que impone al Estado el deber de facilitar la libre competencia que, en este caso, corresponde a los mercados de telecomunicaciones haciendo un uso eficiente de la infraestructura disponible, y (iii) 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.

Bajo dicho marco constitucional, en el presente procedimiento sujeto a la Ley N° 29904, el OSIPTEL ejerce funciones de Organismo Regulador que le han sido encomendadas a través de una ley orgánica<sup>6</sup>, relativas a la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.

De otro lado ADINELSA señala que ambas partes entendieron correctamente y recogieron en el Contrato los valores y metodología establecidos en el Anexo 1 del Reglamento. En particular, el valor del factor “Na” teniendo en cuenta la interpretación de las partes de que dicha variable tenía un valor de uno (1), posición que según señala fue confirmada por las mismas autoridades del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (entidad que aprobó el Reglamento, en adelante MTC), como lo demuestra el Oficio N° 579-2017-MTC/26.

Indica que el referido Oficio señala que el valor de “Na” es igual a uno (1) y que el OSIPTEL, como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC. Considera inaceptable que, en tanto OSIPTEL y el MTC mantienen posiciones discordantes, los administrados deban estar sujetos a la incertidumbre de que sus acuerdos contractuales se vean modificados a su antojo cada vez que cambien de criterio. En tal sentido, exige que el OSIPTEL se pronuncie sobre el criterio de interpretación del valor “Na” que ha señalado el MTC.

<sup>5</sup> Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

<sup>6</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



ADINELSA considera que la motivación expuesta por el OSIPTEL para justificar su intromisión en un contrato previamente celebrado resulta incompleta e inválida de pleno derecho la Resolución Impugnada, por resultar esto contrario a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), el cual exige como requisito de validez que “el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”. Señala que el Mandato de Compartición emitido contraviene el derecho constitucional de ADINELSA al debido procedimiento, el cual exige que los argumentos de defensa presentados por el administrado sean desvirtuados por la autoridad administrativa; y, pese a que se ha enfatizado en varias ocasiones la necesidad de evaluar la constitucionalidad de un mandato de compartición a la luz del artículo 62 de la Constitución, este argumento de defensa no ha sido desvirtuado con argumentos sólidos y convincentes. Esto deviene en la ilegalidad de la Resolución Impugnada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG, por contravenir a la Constitución, no solo en su artículo 62, sino también en los numerales 3 y 5 del artículo 139, los cuales reconocen el derecho al debido proceso y a la exigencia de motivación en las decisiones de toda autoridad administrativa.

ADINELSA manifiesta que no sólo existe base constitucional para negar la competencia del OSIPTEL sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada en el inciso b) del punto 6.1.2.3 del Informe N° 00194-GPRC/2018 con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado. Señala que el OSIPTEL excede sus competencias, porque si bien indica que el mandato de compartición no tiene por objeto declarar si un pacto contractual es válido o no, o si se está ejecutando la común intención de las partes, lo que está haciendo al emitir el mandato de compartición es efectivamente intervenir contraviniendo el ordenamiento constitucional y legal y modificar una cláusula contractual, que se ha venido ejecutando de acuerdo a lo establecido en el Contrato, del cual no es parte el OSIPTEL.

Señala que no es correcto que el OSIPTEL afirme que la falta de acuerdo faculta al OSIPTEL a intervenir de forma subsidiaria en el marco de lo previsto en el artículo 32 de la Ley N° 29904, porque en este caso, la etapa de negociación entre las partes ya culminó con la suscripción del Contrato, el cual ya está desplegando sus efectos entre las partes. En ese sentido, considera que no aplica lo indicado por el OSIPTEL, porque al existir un contrato, la vía para solucionar cualquier controversia ya está pactada en el mismo.

Indica que un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, y si una de ellas pretende realizar una modificación a una cláusula contractual previamente pactada, dicha parte debe emitir una oferta y la otra parte debe aceptarla para que pueda efectuarse la modificación del contrato y se convierta en un nuevo acuerdo que genere obligaciones para ambas partes. En el presente caso, sin embargo, el OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por ADINELSA y AZTECA PERÚ en el convenio celebrado.



Señala que de manera arbitraria, el OSIPTEL sostiene que la definición de contrato recogida en el artículo 1351 del Código Civil confirma más bien sus competencias para intervenir en las relaciones de Compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, sin embargo, omite analizar dos cuestiones relevantes. Primero, el término “contrato” empleado a lo largo del artículo 25 y principalmente en el numeral 25.2 del Reglamento 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. 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.

ADINELSA manifiesta que la normativa aplicable es clara y precisa para determinar que sólo existen dos modalidades para que se realice la compartición de infraestructura, y una de ellas es el contrato de compartición, por tanto, a falta de acuerdo en la retribución que se debe pagar, AZTECA PERÚ debe ceñirse únicamente a la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato para resolver la controversia. Al respecto, las partes pactaron someterse a un proceso arbitral, en caso no llegaran a un consenso y resolver de forma satisfactoria la controversia.

ADINELSA señala que, cuando el artículo 25.3 del Reglamento hace referencia a un plazo de 30 días hábiles, éste se refiere al plazo que tienen las partes para negociar y suscribir el contrato de compartición, según lo establecido en el numeral 25.2. ADINELSA señala que el citado artículo 25.3 hace referencia a la falta de consenso en el caso que no se haya suscrito un contrato de compartición. En tal sentido, concluye que el OSIPTEL no debe intervenir emitiendo un mandato de compartición, debido a que tanto los hechos como el Derecho están siendo tergiversados y manipulados, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto en cumplimiento de la ley y el marco regulatorio aplicable, cuando la controversia se basa en consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

Al respecto, se debe precisar, en primer lugar, que lo mencionado por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (en adelante, DGRAIC-MTC) en su Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, respecto del supuesto valor que debe asumir la variable “Na” de la Metodología; difiere de la posición final y definitiva expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la Resolución Viceministerial N° 768.

En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017 –presentado por AZTECA PERÚ con su solicitud de mandato– se observa que el Viceministerio de Comunicaciones indicó lo siguiente respecto del valor del parámetro Na:



"(...)

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

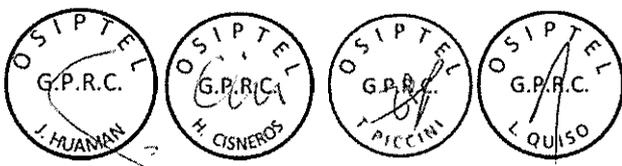
(...)" [El subrayado es agregado]

Cabe señalar que del análisis de la Metodología efectuado por el OSIPTEL –que, complementando lo señalado en el Mandato de Compartición, se detallará en párrafos subsiguientes– la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26 es inconsistente con la Metodología, lo que no sucede con la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del "número de arrendatarios efectivo" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Ahora bien, es preciso enfatizar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica, incluso si ello implicara adoptar un criterio que difiriera del de la DGRAIC-MTC, por cuanto debe ejercer el encargo legal antes señalado conforme al marco normativo aplicable. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato se ha analizado los fundamentos de la Metodología como aspecto necesario para dictar el Mandato de Compartición en los términos indicados en el Informe N° 00194-GPRC/2018, según se detallará en párrafos subsiguientes.

De otro lado, en atención a los fundamentos del recurso de reconsideración, se considera necesario enfatizar lo señalado en el acápite 6.1.2.3 del Informe N° 00194-GPRC/2018, a través del cual se explica que el concepto legal de "contrato" definido en el artículo 1351 del Código Civil es exactamente el mismo que se emplea en el artículo 25.2 del Reglamento y en el presente procedimiento. En el transcurso de este procedimiento, ADINELSA ha pretendido entender que un contrato no es lo que la ley establece lo que es y que un contrato no puede modificar, regular ni extinguir relaciones jurídicas de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904 y que, ante la falta de acuerdo para celebrar un contrato, la parte respectiva no tiene el derecho de solicitar la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato como lo dispone el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904; sin embargo, las razones por las cuales el OSIPTEL no acoge el errado entendimiento de ADINELSA, han sido analizadas a detalle en el precitado Informe N° 00194-GPRC/2018.

Asimismo, en cuanto a los argumentos expuestos por ADINELSA respecto de la improcedencia de dictar un mandato cuando existe un contrato y que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso, son similares a los argumentos presentados al comentar el Proyecto de Mandato y que fueron detalladamente analizados en los acápite 6.1.2.2 y 6.1.2.3



del Informe N° 00194-GPRC/2018, en donde se indica la base jurídica que habilita la intervención del OSIPTEL para modificar las relaciones de compartición de infraestructura creadas mediante un contrato sujeto a la Ley N° 29904, base jurídica que ADINELSA ha persistido en obviar al presentar su posición y comentarios en el presente procedimiento. En consecuencia, queda descartado que el Mandato de Compartición vulnere de algún modo a los principios de Legalidad, Debido Procedimiento o cualquier otra norma que determine su revocatoria.

En específico, ADINELSA insiste en sostener su equivocada interpretación del artículo 62 de la Constitución, a pesar de que el OSIPTEL ha explicado con detalle en el precitado Informe N° 00194-GPRC/2018 que dicho artículo ha sido desarrollado legislativamente y ponderado por el Congreso de la República para que su aplicación sea coherente con los artículos 58 y 119 de la Constitución (v.g. actuación del Estado en materia de servicios públicos), en particular, en el ámbito de la compartición de infraestructura eléctrica para la masificación de las redes y servicios de Banda Ancha. Esta materia se encuentra sujeta a normativa especial como es el caso de la Ley N° 29904, que claramente se sustenta en los fines de interés general declarados en sus artículos 1, 2 y 3. No obstante, ADINELSA viene reiterando sus cuestionamientos sin hacer mención alguna a los fundamentos expuestos por el regulador; por lo cual, no corresponde realizar mayores comentarios y nos remitimos a lo señalado anteriormente.

Finalmente, se reitera que el Mandato de Compartición se encuentra referido de manera específica a la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a ADINELSA en agosto de 2017, para adecuar las contraprestaciones periódicas del Contrato, al precio máximo resultante de la aplicación de la metodología prevista en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904. Por consiguiente, se reitera que las consideraciones bajo las cuales las partes obraron al crear su relación de compartición en marzo de 2015, y si éstas actuaron con desconocimiento, bajo error, negligencia, buena o mala fe, u otras consideraciones, no han sido materia del pronunciamiento contenido en el Mandato de Compartición; correspondiendo que ello sea determinado en los procedimientos regulados por el marco jurídico aplicable, en los que, en su caso, las partes podrán requerir a la autoridad respectiva la aplicación de los remedios que estimen pertinentes respecto de las condiciones que rigieron la relación de compartición hasta su modificación mediante el Mandato de Compartición.

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

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

ADINELSA manifiesta que el Informe contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios al principio de seguridad jurídica aplicable a los contratos que se encuentra implícito en el derecho a la libertad contractual. Señala que la seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico ha otorgado a estos últimos a efectos de protegerlos de cualquier alteración que se pudiera



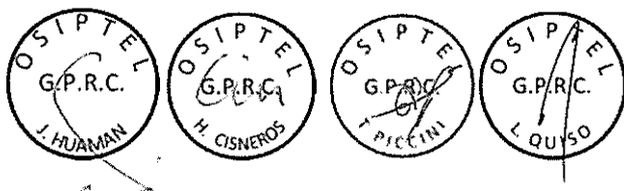
producir por un elemento exógeno al mismo. Esta protección a los contratos se encuentra establecida en el artículo 62 de la Constitución.

Señala que existe un error en la argumentación del Consejo Directivo, pues se afirma que éste tiene la facultad de establecer las condiciones que no hayan sido pactadas por las partes. Sin embargo, explica que en el presente caso, las partes han pactado claramente la forma de la retribución a favor de ADINELSA y, por lo tanto, no se encuentran en el supuesto argumentado por el OSIPTTEL, 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. Indica que la interpretación utilizada por el Consejo Directivo para introducirse en la relación contractual de AZTECA PERÚ y ADINELSA, 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 ADINELSA.

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

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

En el presente caso, ADINELSA señala que AZTECA PERÚ pretende que el OSIPTTEL 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. Esta posición se encuentra errada, puesto que, aun cuando existiese una posible contradicción a las normas de orden público, esta afectación debería subsanarse mediante la aplicación de los remedios jurídicos propios del Código Civil, uno de los cuales sería la declaración de nulidad de dicha cláusula (nuevamente, en sede judicial o arbitral, los cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, considera que la argumentación presentada por AZTECA PERÚ carece de sustento lógico jurídico, pues debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, basándose en esa supuesta contradicción a las normas de orden público, la misma que negamos. La única forma de proceder de forma coherente con los argumentos expresados por el OSIPTTEL en el Informe N° 00194-GPRC/2018, 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.

ADINELSA manifiesta que el MTC era la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Asimismo, indica que el Reglamento señaló claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. Además sostiene que carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" cuando la norma especial sobre la materia deja sentado bajo Decreto Supremo el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

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

ADINELSA hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 en el que se señala que el cálculo de la contraprestación mediante la utilización de la Metodología, se encuentra asociada a cada punto de apoyo (poste o torre) de acuerdo a su nivel de tensión y que el valor de "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. En consecuencia, señala que la interpretación del OSIPTEL es ilegítima al pronunciarse de una materia que no se encuentra en discusión, pues el Contrato tiene pactada una forma de determinación de la contraprestación que es la señalada en el Anexo 1 del Reglamento.

Por este motivo, considera que al asignar un nuevo valor a la variable "Na", el OSIPTEL está excediendo sus competencias más allá de lo establecido en la Ley N° 29904, pues en el supuesto negado de existir una controversia sobre la asignación del valor, esta controversia debería ser resuelta con los mecanismos de solución determinados en el Contrato, siendo que la forma de determinación de la contraprestación se establece de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento. Considera que el OSIPTEL no está aplicando el precio máximo regulado de acuerdo a la Metodología del Anexo 1 del Reglamento del Contrato, sino más bien está estableciendo un nuevo valor para el denominador "Na", el cual es parte de la Metodología del Anexo 1 del Reglamento, por tanto estaría estableciendo ilegalmente un nuevo el precio máximo.

Además, refiere a que todos los contratos de compartición de infraestructura suscritos entre una empresa de distribución eléctrica y una empresa de telecomunicaciones son conocidos por el OSIPTEL desde su suscripción y son publicados en su portal web; sin embargo, el OSIPTEL en ningún momento realizó alguna observación o mostró su oposición con respecto al cálculo de la contraprestación determinada por las partes sobre la base de la Metodología del Anexo 1 del Reglamento.



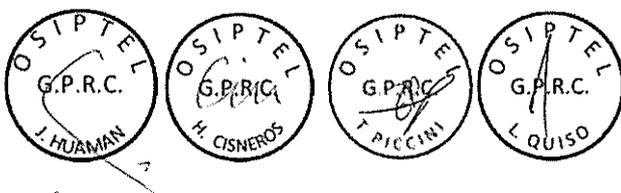
Manifiesta que ni la Ley N° 29904 ni su Reglamento han otorgado competencias a OSIPTEL para fijar y mucho menos modificar retribuciones de compartición sobre la base de “únicamente ( ... ) el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio 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 ADINELSA lo ha señalado a lo largo del procedimiento– no ha sido modificado y prevalece como número efectivo de arrendatarios, conforme sostiene lo han entendido tanto AZTECA PERÚ como ADINELSA en el Convenio celebrado. Por tanto, concluye que el Mandato dictado comete una clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia.

ADINELSA manifiesta que el Reglamento fue publicado el 4 de noviembre del 2013 en el diario El Peruano, mientras que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC fue publicada el 5 de agosto de 2017, casi cuatro años después. En ese sentido, considera que un primer criterio del MTC fue al establecer los valores de las variables “f” y “m”, llegando a la conclusión que efectivamente el denominador “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios, y posteriormente, su segundo criterio se evidencia al emitir la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC, por la cual se cambia supuestamente de valor al denominador “Na”. Por ello, considera que el MTC está confirmando que el valor del denominador corresponde al número efectivos de arrendatarios.

Señala que el criterio que tuvo y tiene hasta el momento el MTC para calcular la máxima contraprestación de acuerdo a la aplicación de la metodología del Anexo 1 del Reglamento es considerando que la variable “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios, dado que hasta el momento, el MTC no ha emitido ningún decreto supremo que modifique su criterio ni se ha emitido alguna norma de mayor rango que modifique el valor de dicha variable.

Manifiesta que el OSIPTEL, después de haber realizado un análisis la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC, confirma su posición con respecto a que el criterio del MTC referente al valor del denominador “Na” corresponde al número de efectivos de arrendatarios, y sobre ello, se calcula el precio máximo de contraprestación. En consecuencia, concluye que el criterio para determinar el valor del denominador “Na” no se puede establecer mediante opiniones, informes u otra clase de documentos emitidos por el MTC, sino por una norma de rango igual o superior jerarquía a la norma que aprobó el Reglamento.

Manifiesta que presentaron el Oficio N° 579-2017-MTC/26 como medio probatorio, para demostrar al OSIPTEL que el MTC, al tener diferentes opiniones, no ha llegado a algún consenso para determinar el valor del denominador “Na” en la metodología del Reglamento de la Ley publicada en el 2013; mas no, para que el OSIPTEL realice un análisis de la información esgrimida en dicho Oficio, debido a que, como ya se ha afirmado, la única entidad competente para determinar, definir o establecer un valor para el factor “Na” es el MTC, y hasta el momento, el MTC no se ha pronunciado sobre ello mediante la normativa legal pertinente.



En respuesta a los argumentos presentados por ADINELSA se debe aclarar, en primer término, que en el Mandato de Compartición no se “modifica” la variable “Na”; en modo distinto, y tal como se observa en el Informe N° 00194-GPRC/2018, al aplicar la Metodología respecto de la infraestructura eléctrica de ADINELSA para la relación de compartición que mantiene con AZTECA PERÚ, del análisis realizado se concluye que el valor del referido parámetro debe ser igual a tres (3) para mantener la consistencia de dicha Metodología y remunerar de manera exacta los sobrecostos (además del margen de utilidad razonable) que se generan en dicha infraestructura con la operación de un (1) cable de comunicaciones.

La referida posición ha sido detallada en el numeral 6.2.2 del Informe N° 00194-GPRC/2018, a los cuales nos remitimos para absolver los argumentos expuestos por ADINELSA en su recurso de reconsideración. Asimismo, de manera complementaria, considerando que en dicho recurso se hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017 de la DGRAIC-MTC, que señala que el valor del parámetro “Na” corresponde al “*número efectivo de arrendatarios*”, resulta pertinente señalar que en los proyectos normativos que precedieron a la Resolución Viceministerial N° 768, el MTC planteó: (i) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (febrero 2017), un valor de “*f*” = 5,8%, y (ii) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 (julio del 2017), un valor de “*f*” = 6,1%.

En ambos casos, la construcción metodológica consideró para el cálculo de la variable “*f*” = 6.1%, la instalación de un (1) único cable de comunicaciones. En efecto, en la página 9 del Informe N° 256-2017-MTC/26, publicado en su integridad en la página web del MTC<sup>7</sup>, que sustentó la propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, textualmente se indicó lo siguiente:

“(…)

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

(…)” [El subrayado es agregado]

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

<sup>7</sup> Documento publicado en el siguiente enlace:

[http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM\\_698\\_2017\\_MTC\\_03.pdf](http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM_698_2017_MTC_03.pdf)

Fecha de revisión: 29 de mayo de 2018.



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

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)	PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	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" = 6,1% (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 del 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)	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)

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

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



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

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN				NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN	
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017-MTC/03)		PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698- 2017-MTC/03)		APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017-MTC/03)	
Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN		Costo total de compartición por la instalación de 01 CABLE DE COMUNICACIÓN		Costo total de compartición por la instalación de 03 CABLES DE COMUNICACIÓN	
VALOR DE "f" = 5,8% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 6,1% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 18,3% (para media y alta)	
"Na" = 1		"Na" = 1		"Na" = 3	
Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)	
TA060SIR1S1C1120S-3	4,52	TA060SIR1S1C1120S-3	4,76	TA060SIR1S1C1120S-3	4,76
TA060SIR1S1C1120FS+6	7,25	TA060SIR1S1C1120FS+6	7,62	TA060SIR1S1C1120FS+6	7,62
TA060SIR1S1C1120A±0	7,72	TA060SIR1S1C1120A±0	8,12	TA060SIR1S1C1120A±0	8,12
TA060SIR1S1C1120R-3	12,09	TA060SIR1S1C1120R-3	12,72	TA060SIR1S1C1120R-3	12,72

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

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

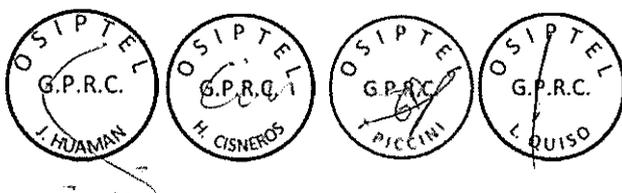


En ese contexto, lo señalado por la DGRAIC-MTC en el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017 –presentado por ADINELSA con su recurso de reconsideración– que considera que el valor de “Na” corresponde al “*número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo*”, es claramente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

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

En esa línea, aceptar la posibilidad que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico sea constante como resultado de la aplicación de la Metodología -esto es, una cantidad desvinculada de la cantidad de cables de comunicación instalados-, implicaría también aceptar que un arrendatario remunere costos que no ha generado, es decir, que remunere costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la Ley N° 29904, que tiene por finalidad promover la masificación de la Banda Ancha en el país, no avala en ninguna de sus disposiciones que los concesionarios eléctricos puedan obtener ingresos injustificados y que impliquen sobrecostos para los operadores de telecomunicaciones, que se trasladarán a los mercados finales encareciendo o limitando el acceso a la Banda Ancha, estando ello en contrasentido con la finalidad y objeto de la Ley N° 29904. Cabe señalar, adicionalmente, que las inconsistencias con la Metodología que trae consigo la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26, no se observan en la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del “*número de arrendatarios efectivo*” como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Es preciso reiterar que, en tanto el OSIPTTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la



Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato, se ha analizado las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la Resolución Viceministerial N° 768 y sus respectivos proyectos publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03.

En ese sentido, por lo señalado en el numeral 6.2.2 del Informe N° 00194-GPRC/2018, así como en los párrafos precedentes del presente Informe, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación establecida en estricta observancia de la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como en este caso, a través de la emisión de un Mandato de Compartición, considerando las modificatorias a dicho Anexo 1 referidas anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ADINELSA 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.

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

#### **4.4. Facultad de modificar otros extremos del Contrato ajenos al cálculo de la retribución pactada.**

ADINELSA manifiesta su rechazo al ejercicio arbitrario del poder por parte del Consejo Directivo, quien no sólo ha modificado unilateralmente el Contrato en el extremo referido al valor de la variable "Na", sino que además ha intervenido en otras cláusulas del Contrato, pese a que las mismas fueron libremente pactadas entre AZTECA PERÚ y ADINELSA, y que no involucraban, en absoluto, nada referido al monto mensual de retribución, como es el caso de la Fianza.

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

Considera que las fianzas o garantías pactadas en el Contrato, deben mantenerse, ejecutarse y reponerse, de acuerdo a las reglas acordadas en su momento por ambas



partes. Señala que incluso se ha llegado al extremo de modificar las partes “declarativas” del Contrato, contradiciéndose el OSIPTEL con la posición de que únicamente modifica aquello que transgrede la Ley N° 29904, en particular, la Metodología del Anexo 1 del Reglamento.

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

Al respecto, se debe señalar que el OSIPTEL ha emitido el Mandato de Compartición de acuerdo a las facultades previstas en el marco normativo, estableciendo los términos y condiciones que permitan, tanto el establecimiento de una contraprestación mensual consistente con la metodología legalmente establecida, como los mecanismos que hagan eficaz su aplicación y cobro. En particular, estas condiciones están referidas a la retribución mensual a la que tiene derecho ADINELSA, pero también a las condiciones para que dicha empresa pueda ejercer ese derecho. En esa línea, el derecho de ADINELSA a verse retribuido por la prestación que otorga, no solo pasa por determinar el monto que cubra los costos de la provisión que le brinda a AZTECA PERÚ (contraprestación mensual), sino también pasa por incluir todos aquellos aspectos económicos y elementos conexos que le permitan a ADINELSA tener certidumbre sobre dicha retribución, incluyendo escenarios de falta de pago.

En ese contexto, el Mandato de Compartición no ha modificado ninguna cláusula del Contrato, suscrito entre ADINELSA y AZTECA PERÚ, relacionada a fianzas, sino más bien ha incluido este instrumento como mecanismo para que ADINELSA asegure una retribución a la que tiene derecho de acuerdo al marco legal vigente. En efecto, debe señalarse que el otorgamiento de la fianza es una condición económica que es inherente, complementaria y necesaria a la obligación legal de los operadores de telecomunicaciones de remunerar los costos incrementales que se generan en la infraestructura eléctrica. En ese sentido, no resulta correcto lo señalado por ADINELSA respecto a que la fianza no involucra el monto mensual de la retribución, por cuanto es un costo del acceso y uso de la infraestructura compartida que debe ser asumido por el operador de telecomunicaciones, basado en la racionalidad económica de garantizar al concesionario eléctrico el pago de las retribuciones a las que se encuentra obligado por la propia Ley N° 29904.

Complementariamente, se debe señalar que el OSIPTEL ha incluido en el Mandato de Compartición, la emisión de una carta fianza a favor de ADINELSA, sobre la base del marco legal vigente y anteriores pronunciamientos<sup>8</sup>, en donde todos los concesionarios

<sup>8</sup> Se pueden citar, entre otros, los siguientes pronunciamientos: (i) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Red Eléctrica del Sur S.A., aprobado por Resolución N° 045-2018-CD/OSIPTEL, (ii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. aprobado por Resolución N° 046-2018-CD/OSIPTEL, (iii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Luz del Sur S.A.A., aprobado por Resolución N° 062-2018-CD/OSIPTEL, (iv) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A., aprobado por Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, (v) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Dunas S.A.A., aprobado por Resolución N° 080-2018-CD/OSIPTEL, (vi) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. e Inversiones Shaqsha S.A.C. aprobado por Resolución N° 097-2018-CD/OSIPTEL, (vii) Mandato de Compartición entre



eléctricos tienen el derecho de que sus prestaciones sean retribuidas y los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de garantizar dicha retribución.

En esa línea, la Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) establece lo siguiente:

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

(...)

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

(...)

**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. (...)”

De otro lado, el Reglamento General del OSIPTTEL (Decreto Supremo N° 008-2001-PCM) también define la aplicación de este principio:

**“Artículo 5.- Principio de No Discriminación**

Las decisiones y acciones del OSIPTTEL se orientarán a garantizar que las empresas operadoras participantes en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones no sean discriminadas.”

En virtud de lo anterior, para mantener condiciones no discriminatorias, se han incorporado las condiciones económicas que hagan viable el pago de dichas obligaciones, las cuales han sido establecidas de manera uniforme en las relaciones de compartición antes descritas. De otro lado, conforme se ha señalado en anteriores pronunciamientos, la obligación de que AZTECA PERÚ emita una fianza equivalente a un (1) mes de renta se deriva de que los titulares de infraestructura que brindan el acceso a AZTECA PERÚ enfrentarían un menor riesgo de ocurrencia de falta de pago por capacidad financiera, en comparación con el resto de relaciones de compartición (v.g. mandatos emitidos por el OSIPTTEL entre concesionarios eléctricos y otros operadores de telecomunicaciones, o en el caso de la oferta básica de compartición del Proveedor Importante).

Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Statkraft S.A. aprobado por Resolución N° 098-2018-CD/OSIPTTEL, (viii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. aprobado por Resolución N° 134-2018-CD/OSIPTTEL, (ix) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Sur Este S.A.A. aprobado por Resolución N° 143-2018-CD/OSIPTTEL, (x) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electronoroeste S.A. aprobado por Resolución N° 153-2018-CD/OSIPTTEL, (xi) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. e Hidrandina S.A. aprobado por Resolución N° 154-2018-CD/OSIPTTEL, (xii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electronorte S.A. aprobado por Resolución N° 155-2018-CD/OSIPTTEL y (xiii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electrocentro S.A. aprobado por Resolución N° 156-2018-CD/OSIPTTEL.



Sobre el particular, los numerales 41 y 44 del Escrito N° 3, presentado por ADINELSA el 24 de abril de 2018, mediante el cual absuelve la solicitud de emisión de mandato de compartición de AZTECA:

"41. (...). Es decir que los ingresos por RPI y RPMO tienen calidad de ingreso garantizados para AZTECA."

"44. Entonces, como se puede apreciar, el Contrato de Concesión establece un régimen financiero y económico estable a favor de AZTECA, con ingresos garantizados asociados a los costos de inversión, y de operación y mantenimiento incluidos en la oferta económica presentada por AZTECA al momento de adjudicarse la concesión."

En ese sentido, conforme la misma ADINELSA afirma, AZTECA PERÚ como operador de la RDNFO, tiene asegurado un flujo de ingreso a lo largo de la vida útil del proyecto, lo que reduce el riesgo de ocurrencia de una falta de pago por capacidad financiera, en relación al resto de casos de arrendamiento de infraestructura. Es importante señalar que en todos los mandatos de compartición emitidos por el OSIPTEL, entre AZTECA PERÚ y un concesionario eléctrico, se ha establecido el valor de la carta fianza que AZTECA PERÚ debe otorgar en favor del concesionario eléctrico, en un monto equivalente a un (1) mes de retribución mensual. De esa forma, considerando el contexto de operación de AZTECA PERÚ, como parte de las condiciones del Mandato de Compartición emitido, se consideró que el valor de la carta fianza a ser otorgada a ADINELSA para garantizar sus obligaciones económicas, sea un monto equivalente a una renta mensual. Dicho monto, no perjudica a ADINELSA ya que corresponde, en estricto, a la deuda impaga, y no le genera costos innecesarios a AZTECA PERÚ más que los derivados de la habitual práctica comercial de emisión de garantías.

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

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



carta fianza vigente, y ésta sería reemplazada en el plazo establecido, quedando así habilitada la carta fianza para un posible futuro incumplimiento de alguna factura mensual emitida. En consecuencia, conforme a lo señalado, se desestiman los cuestionamientos de ADINELSA en este extremo de su recurso de reconsideración, por lo que no corresponde modificar el Mandato de Compartición.

## **5. POSICIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ADINELSA.**

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

### **5.1. El Contrato no es inmutable.**

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

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

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

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

AZTECA PERÚ manifiesta que, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos



a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura.

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

AZTECA PERÚ manifiesta que tienen la libertad de elegir el mecanismo o vía para la solución del problema presentado; esto es, una remuneración que exceda la máxima prevista en el ordenamiento jurídico. En este caso, optó por solicitar la modificación del Contrato de modo que la contraprestación se ajuste a lo establecido en la Ley N° 299004 y su Reglamento. El emplear esta vía les garantizaba la intervención del OSIPTEL en caso la empresa eléctrica se negara a modificar el Contrato.

Su decisión de solicitar la emisión de un mandato para modificar la contraprestación se sustenta en la competencia del Consejo Directivo para intervenir ante la falta de acuerdo, resguardando el interés público de compartición de infraestructura para la operación de la Red Dorsal. Por ello, considera que constituye una alternativa legal lícita y disponible para su empresa.

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

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

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

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

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



**5.7. El valor igual a tres (3) del denominador “Na” tiene sustento en la Ley N° 29904 y su Reglamento.**

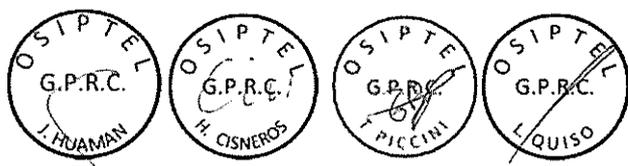
AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación de que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. Así, pues, el sustento del Consejo Directivo para afirmar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se encuentra en el razonamiento económico de la fórmula fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, puesto que cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Ello, consta en Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la Resolución N° 768-2017-MTC/03.

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

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

**5.8. El OSIPTEL es competente para modificar los extremos del contrato de compartición que se encuentren vinculados a la contraprestación.**

AZTECA PERÚ considera que con la finalidad de que exista uniformidad con las condiciones económicas establecidas en el Mandato, así como con la regulación vigente aplicable, el OSIPTEL eliminó las cláusulas 6.3, 6.4 y 6.5.2 del Contrato, las cuales se encuentran referidas a: (i) el tiempo en el que AZTECA PERÚ debe pagar las facturas luego de que fueron emitidas por ADINELSA; (ii) el cálculo de la Metodología y la actualización de sus variables, y (iii) las consecuencias para AZTECA PERÚ ante la falta de Pago de las facturas emitidas por ADINELSA. Señala que a diferencia de lo

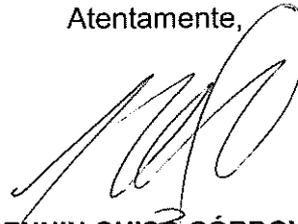


expresado por ADINELSA, el Consejo Directivo prevé en la nueva cláusula de contraprestación la exigencia de presentar una carta fianza.

## 6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por ADINELSA, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 200-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,



**LENNIN QUISO CÓRDOVA**  
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS**  
**Y COMPETENCIA**

