

	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 1 de 130
	INFORME	

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON LUZ DEL SUR S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00007-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	26 DE FEBRERO DE 2018

	<b>Cargo</b>	<b>Nombre</b>
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis
	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Romero
	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso

	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 130

## 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 Luz del Sur S.A.A. (en adelante, LUZ DEL SUR) que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 25 de noviembre de 2015.

## 2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3° de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha)<sup>1</sup> declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia, estableciéndose mediante su artículo 8°, que la entidad encargada de conducir el proceso de concesión será la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-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 LUZ DEL SUR el 25 de noviembre de 2015 (en adelante, el Contrato).
- 2.4 Mediante carta DJ-1251/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a LUZ DEL SUR adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito el 25 de noviembre de 2015, al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, considerando: (i) la modificación de las variables “f” y “m” realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición

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

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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 130

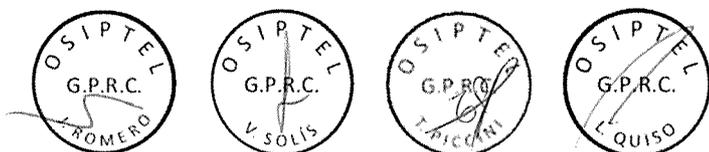
respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura.

- 2.5 Mediante carta GC-2017-212, recibida con fecha 19 de setiembre de 2017, LUZ DEL SUR señaló que en cumplimiento de lo pactado por las partes en el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del contrato procederán a modificar el valor de la contraprestación establecida en la siguiente factura. Asimismo, señala que los únicos valores pasibles de modificación, de acuerdo a lo señalado por el Reglamento de la Ley 29904 son las variables “m”, “l”, “h” y “f”, por consiguiente no procede la afirmación de AZTECA PERÚ de que debe considerarse la existencia de tres (3) arrendatarios.
- 2.6 Mediante carta DJ-1436/17, recibida con fecha 03 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ reitera su solicitud de adecuación del valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la metodología, de modo de que su empresa cumpla con la limitación prevista en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. Señala también que deja a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL a fin de que a través de un mandato de compartición garantice el interés público protegido detrás del despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
- 2.7 Mediante escrito recibido con fecha 05 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 LUZ DEL SUR el 25 de noviembre de 2015.
- 2.8 Mediante carta C.00565-GPRC/2017, recibida con fecha 12 de octubre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR viene alquilando a AZTECA PERÚ.
- 2.9 Mediante carta LE-034-2017 recibida con fecha 19 de octubre de 2017, LUZ DEL SUR solicitó al OSIPTEL un plazo adicional de ocho (8) días hábiles, a fin de remitir sus comentarios así como la información técnica solicitada.
- 2.10 Mediante carta C.00579-GPRC/2017, recibida con fecha 20 de octubre de 2017, el OSIPTEL otorgó a LUZ DEL SUR el plazo adicional solicitado, a efectos de que cumpla con remitir la información requerida, el mismo que venció el 31 de octubre de 2017.
- 2.11 Mediante Escrito recibido con fecha 31 de octubre de 2017, LUZ DEL SUR remite sus comentarios respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 130

- 2.12 Mediante carta C.00613-GPRC/2017, recibida con fecha 06 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios presentados por LUZ DEL SUR mediante su Escrito recibido con fecha 31 de octubre de 2017.
- 2.13 Mediante carta C.00630-GPRC/2017, recibida con fecha 14 de noviembre de 2017, el OSIPTEL reiteró a LUZ DEL SUR el requerimiento referido al listado de la infraestructura eléctrica que viene alquilando a AZTECA PERÚ.
- 2.14 Mediante Carta GC-2017-263, recibida con fecha 21 de noviembre de 2017, LUZ DEL SUR remitió la información solicitada mediante carta C.00630-GPRC/2017.
- 2.15 Mediante carta C.00647-GPRC/2017, recibida con fecha 23 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la información presentada por LUZ DEL SUR mediante Carta GC-2017-263 y solicitó su opinión respecto al número máximo de arrendatarios señalado por LUZ DEL SUR.
- 2.16 Mediante Escrito N° 2, recibido con fecha 30 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ remite sus comentarios respecto del Escrito de LUZ DEL SUR que le fuera remitido mediante carta C.00613-GPRC/2017 y la carta GC-2017-263 que le fuera remitida mediante carta C.00647-GPRC/2017.
- 2.17 Mediante carta C.00665-GPRC/2017, recibida con fecha 07 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corre traslado a LUZ DEL SUR del Escrito N° 2 presentado por AZTECA PERÚ para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.18 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 154-2017-CD/OSIPTEL, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura, la cual fue notificada a LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ el 12 de diciembre de 2017, mediante las cartas C.00580-GCC/2017 y C.00581-GCC/2017 respectivamente.
- 2.19 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 163-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 21 de diciembre de 2017, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00007-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR, el cual fue notificado a las partes el 27 de diciembre de 2017, mediante las cartas C.00641-GCC/2017 y C.00642-GCC/2017 respectivamente.
- 2.20 Mediante escrito recibido con fecha 26 de diciembre de 2017, LUZ DEL SUR solicita a la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL inhibirse de continuar con el procedimiento de mandato iniciado por AZTECA PERÚ.
- 2.21 Mediante carta C.00700-GPRC/2017, recibida con fecha 28 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ del escrito de LUZ DEL SUR



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 130

recibido con fecha 26 de diciembre de 2017, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.

- 2.22 Mediante carta DJ-151/18, recibida con fecha 16 de enero de 2018, AZTECA PERÚ remite el Escrito N° 3 que contiene sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.23 Mediante escrito recibido con fecha 16 de enero de 2018, LUZ DEL SUR remite sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.24 Mediante carta C.00030-GPRC/2018, recibida con fecha 19 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a LUZ DEL SUR de los comentarios remitidos por AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante carta DJ-151/18, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.25 Mediante carta C.00031-GPRC/2018, recibida con fecha 19 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios remitidos por LUZ DEL SUR al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante escrito recibido el 16 de enero de 2018, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.26 Mediante escrito recibido con fecha 30 de enero de 2018, LUZ DEL SUR remite sus comentarios respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura que le fueran comunicados mediante carta C.00030-GPRC/2018.
- 2.27 Mediante carta DJ-221/18, recibida con fecha 30 de enero de 2018, AZTECA PERÚ remite sus comentarios respecto de los comentarios de LUZ DEL SUR al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura que le fueran comunicados mediante carta C.00031-GPRC/2018.
- 2.28 Mediante carta C.00061-GPRC/2018, recibida con fecha 06 de febrero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ del escrito de LUZ DEL SUR recibido con fecha 30 de enero de 2018, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.29 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 08 de febrero de 2018, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura, la cual fue notificada a AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR, el 12 de febrero de 2017, mediante las cartas C.00095-GCC/2018 y C.00096-GCC/2018 respectivamente.
- 2.30 Mediante carta C.00063-GPRC/2018, recibida con fecha 17 de febrero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a LUZ DEL SUR de la comunicación DJ-221/18 de AZTECA PERÚ, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 130

### 3. CUESTIONES A RESOLVER.

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

- 3.1 Procedencia de la emisión del mandato de compartición de infraestructura.
- 3.2 Competencia del OSIPTEL para emitir el mandato de compartición solicitado.
- 3.3 La solicitud de confidencialidad presentada por AZTECA PERÚ.
- 3.4 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.
- 3.5 El riesgo para la Red Dorsal ante la falta de acuerdo.
- 3.6 Sobre la comisión de una infracción por parte de LUZ DEL SUR.

### 4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

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

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

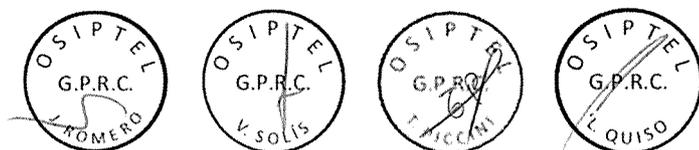
El artículo 3, numeral (ii), de la Ley N° 29904, declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, entre otra infraestructura, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones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

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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 130

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

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

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

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

- **Contrato de compartición:**

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

- **Mandato de compartición:**

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

En consecuencia, el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si 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° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 130

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>3</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 2015 con una solicitud de AZTECA PERÚ a LUZ DEL SUR formulada en el marco de la Ley N° 29904. Dicha solicitud generó el proceso de negociación referido en los numerales 1.3 y 1.4 del Contrato, que llevó a su suscripción por las partes el 25 de noviembre de 2015.

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

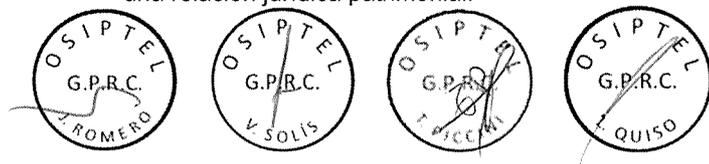
#### 4.1.4 Procedencia de la solicitud de emisión de Mandato de Compartición solicitada por AZTECA PERÚ.

De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1251/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a LUZ DEL SUR adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, AZTECA PERÚ precisó que dicha comunicación era enviada en el marco de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904, que se refiere a la posibilidad del operador de

<sup>3</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	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 130

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 respuesta al referido requerimiento, LUZ DEL SUR manifestó a AZTECA PERÚ en su carta GC-2017-212 recibida el 19 de setiembre de 2017, que acogía una parte de su planteamiento contenido en su carta DJ-1251/17 pero expresó su desacuerdo con otra parte del mismo. AZTECA PERÚ, por su parte, respondió la referida comunicación con su carta DJ-1436/17 recibida por LUZ DEL SUR el 03 de octubre de 2017, reafirmando en el extremo de su solicitud que no fue acogido por LUZ DEL SUR.

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (18 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. Según se ha señalado en párrafos precedentes, la solicitud de AZTECA PERÚ al OSIPTEL para la emisión de mandato fue ingresada el 05 de octubre de 2016, esto es, transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles supuesto por la norma citada.

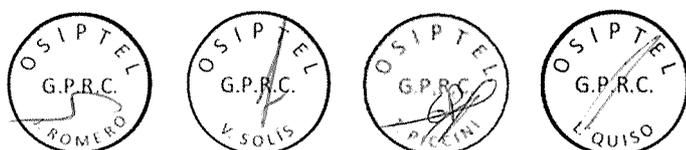
En consecuencia, en el presente caso procede el análisis y posterior pronunciamiento por parte de OSIPTEL respecto de la solicitud efectuada por AZTECA PERÚ para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura con LUZ DEL SUR.

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

##### **4.2.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):**

AZTECA PERÚ señala que el numeral ii) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha dispuso que se declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y/o móvil. Indica que ello, está alineado a lo dispuesto en la Ley 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,



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 130

pero que, con posterioridad, se presenten y mantengan trabas o abusos que no permitan la continuidad del uso efectivo de la infraestructura compartida.

Manifiesta que no corresponde que únicamente se proteja un derecho de acceso, sino también debe garantizarse la continuidad efectiva de ese derecho pues, de lo contrario, el efecto será el mismo que el de una negativa de acceso:

*“Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso, toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas”.*<sup>4</sup>

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL<sup>5</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>6</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>7</sup>.

Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

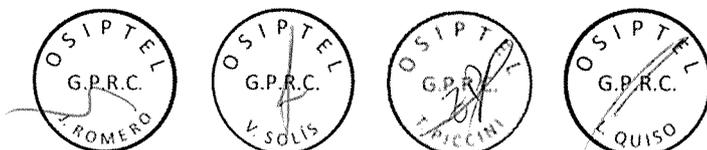
*"De otro lado, y dada la importancia de la oportunidad en que debe concretarse el acceso y uso de la infraestructura de electricidad o hidrocarburos para concretar el objetivo de necesidad pública declarado en el artículo 3, numeral i) de la Ley No. 29904; se establecen reglas procedimentales para la negociación entre el concesionario de energía (electricidad/hidrocarburos) y el concesionario de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de su*

<sup>4</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>5</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>6</sup> Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

<sup>7</sup> Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 130

infraestructura, definiendo plazos y facultando a OSIPTEL a emitir mandatos de compartición en caso no llegue a un acuerdo.<sup>8</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, 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>9</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>10</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.**

<sup>8</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).

<sup>9</sup> Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.

<sup>10</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	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 130

Señala que con una comunicación remitida el 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ inició negociaciones con LUZ DEL SUR para acordar precisar la cláusula referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR y lograr así que se respete el precio máximo fijado en la normativa vigente. No obstante, no han arribado a un acuerdo, en tanto LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR no han podido acordar la precisión de la cláusula contractual referida a la retribución por el uso de infraestructura eléctrica, en tanto la retribución pactada exceda el precio tope máximo regulado. Por tanto consideran que el OSIPTEL se encuentra facultado para emitir un Mandato de Compartición, que obligue a LUZ DEL SUR a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que LUZ DEL SUR 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.

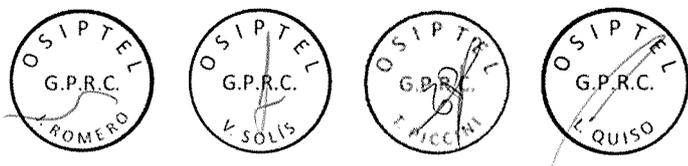
#### 4.2.2 POSICIÓN DE LUZ DEL SUR (Escrito recibido el 31.10.2017):

##### A. OSIPTEL SE ENCUENTRA PROHIBIDO DE AVOCARSE AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE MANDATO.

LUZ DEL SUR señala que con fecha 25 de noviembre de 2015 celebraron el Contrato de Prestación de Servicios y Soporte de Cables de Telecomunicación en Estructuras de Alta, Media y Baja Tensión (en adelante, el “Contrato”), con el objeto de establecer las condiciones bajo las cuales se facilitarían el uso de ciertos soportes para los cables de fibra óptica que forman parte de Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica concesionada a AZTECA PERÚ (en adelante, la “RDNFO”).

Manifiesta que la Cláusula Sexta del Contrato regula la contraprestación que AZTECA PERÚ se encuentra obligada a pagar a LUZ DEL SUR por el soporte de la RDNFO en la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR. Esta cláusula señala que los precios convenidos por las partes fueron calculados utilizando la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Promoción de Banda Ancha y construcción de la RDNFO (en adelante, “Reglamento RDNFO”). Asimismo dicha cláusula señala que los valores pactados por las partes para las variables “m”, “l”, “h” y “f”, pueden ser modificados en los casos en que el Viceministerio de Comunicaciones modifique dichos valores, y que los precios de los postes de la Infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR se modificarán en la oportunidad en la cual OSINERGMIN reajuste los costos regulados de dichos postes.

Indica que con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ remitió a LUZ DEL SUR la Carta N° DJ-1251/17 mediante la cual AZTECA PERÚ: (i) requirió la adecuación de los valores pactados para las variables “m”, “l”, “h” y “f” a los nuevos valores



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 130

aprobados mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, “RVM 768”); y (ii) exigió a LUZ DEL SUR modificar el valor pactado por las partes al momento de la suscripción del Contrato para la variable “Na” (número de arrendatarios), dado que, según sostiene AZTECA PERÚ, esta variable también habría sido modificada por la RVM 768.

Precisa que luego de este requerimiento, las partes intercambiaron algunas comunicaciones en las cuales LUZ DEL SUR aceptó la modificación de los valores correspondientes a las variables “m”, “l”, “h” y “f” conforme a lo pactado en el Contrato. Sin embargo, manifestó su total desacuerdo con la pretendida modificación de la contraprestación pactada como consecuencia de la alegada modificación de la variable “Na” (la cual, además, no ha sido -ni podría haber sido- modificada mediante la RVM 768).

Indica que habiendo quedado de manifiesto la existencia de una discrepancia contractual en torno a la pretendida modificación de la variable “Na” utilizada por las partes para el cálculo de la contraprestación pactada, LUZ DEL SUR dio inicio al mecanismo de solución de controversias previsto en la Cláusula Décimo Primera del Contrato, el cual señala lo siguiente:

*“Las partes solucionarán de buena fe y mutuo acuerdo toda controversia que relación a la interpretación, aplicación y/o cumplimiento del presente contrato, y tratarán de llegar a un acuerdo satisfactorio de la controversia. En caso de fracasar este mecanismo se aplicará lo estipulado en el numeral siguiente.*

**Queda convenido por ambas partes que; cualquier discrepancia o controversia que pudiera surgir respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, efectos, validez y resolución, o cualquier otro aspecto relacionado con el presente contrato, se someterá a un arbitraje de derecho a cargo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de acuerdo a su reglamento, y en su defecto por las normas señaladas en el Decreto Legislativo 1071. El laudo arbitral que dicho organismo expida será definitivo e inapelable.**

*No obstante, las partes dejan a salvo su derecho a interponer el recurso de anulación que les pudiese asistir de conformidad con lo establecido en los artículos 62° y 63° del Decreto Legislativo 1071.”* (El subrayado y resaltado es de LUZ DEL SUR).

Manifiesta que en aplicación de la citada cláusula, con fecha 30 de octubre de 2017, LUZ DEL SUR presentó, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, una solicitud para dar inicio a un arbitraje<sup>11</sup> con el objeto de resolver la controversia surgida entre las partes en torno a la pretensión de AZTECA PERÚ de modificar la variable “Na” utilizada para el cálculo de la contraprestación pactada en el Contrato.

<sup>11</sup> Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 5° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el arbitraje se inicia con la presentación de la solicitud de arbitraje al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 130

Atendiendo a lo anterior, LUZ DEL SUR indica que la controversia surgida con LUZ DEL SUR ya ha sido sometida al conocimiento de un órgano con competencia jurisdiccional para resolverla. Por lo tanto, consideran que el OSIPTEL debe abstenerse de conocer y pronunciarse sobre la Solicitud de Mandato, la cual versa sobre la misma pretensión de AZTECA PERÚ que ha sido sometida a arbitraje. Precisan que lo contrario determinaría un avocamiento indebido del OSIPTEL a conocer una causa pendiente en sede jurisdiccional, lo cual está prohibido de manera expresa por el artículo 139° de la Constitución:

**“Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)” (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

Señalan que la Constitución reconoce de manera expresa que la función arbitral tiene naturaleza jurisdiccional<sup>12</sup> y, por lo tanto, conforme ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, le resultan plenamente aplicables todos los principios y garantías previstos en el artículo 139° de la Constitución, entre los que se encuentra la prohibición constitucional al avocamiento indebido.

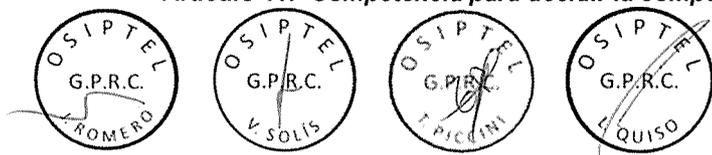
Manifiesta que el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC que los arbitrajes están protegidos por el principio de “no interferencia, referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluidas autoridades administrativas [como, por ejemplo, OSIPTEL] y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”. (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

Precisan que cualquier cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral que sea conformado para la resolución de la disputa contractual surgida entre LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ, debe ser únicamente dilucidado por el propio Tribunal, en estricta observancia del Principio *Kompetenz-Kompetenz*<sup>13</sup>. En otras palabras, mientras el

<sup>12</sup> **“Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)”

<sup>13</sup> **“Artículo 41.-** Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 130

Tribunal Arbitral no haya declarado su (negada) incompetencia, **ninguna autoridad, incluido OSIPTEL, puede legalmente avocarse al conocimiento de los asuntos** que han sido planteados en dicha sede jurisdiccional, como es este caso.

Manifiestan que dado que la solicitud de Mandato de AZTECA PERÚ versa sobre la modificación de la contraprestación pactada en el Contrato para que ésta se “adecúe” al supuesto nuevo valor de la variable “Na” introducido por la RVM 768, consideran que dicha solicitud comprende la misma cuestión que ha sido sometida por LUZ DEL SUR al Tribunal Arbitral, por lo tanto, por mandato constitucional, el OSIPTEL se encuentra prohibido de avocarse al conocimiento y resolución de la Solicitud de Mandato.

**B. OSIPTEL NO TIENE COMPETENCIA PARA MODIFICAR EL CONTRATO MEDIANTE LA EMISION DE UN MANDATO DE COMPARTICIÓN.**

LUZ DEL SUR indica que conforme al artículo 25° del Reglamento RDNFO, el OSIPTEL puede emitir mandatos de compartición para ordenar el acceso y uso de la infraestructura en los casos en los cuales las partes no se han puesto de acuerdo para la suscripción un contrato:

**“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.”** (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

**1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)** (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 130

Así, señalan que considerando el texto expreso del artículo 25° del Reglamento RDNFO, la facultad del OSIPTEL para emitir mandatos en el marco de la Ley 29904 y el Reglamento RDNFO, debe entenderse **necesariamente limitada a los casos en los cuales las partes no han logrado llegar a un acuerdo para suscribir un contrato de acceso y uso de infraestructura**, sin que pueda interpretarse que, en virtud de la citada disposición, el OSIPTEL también puede emitir mandatos para modificar los contrato de acceso y uso de infraestructura. Indican que el artículo 25° del Reglamento RDNFO es claro en señalar que el mandato podrá ser dictado si las partes no logran ponerse de acuerdo, en un plazo de 30 días hábiles, para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura. Consideran que esta disposición **NO** faculta al OSIPTEL a dictar mandatos para las posteriores modificaciones del contrato de acceso y uso.

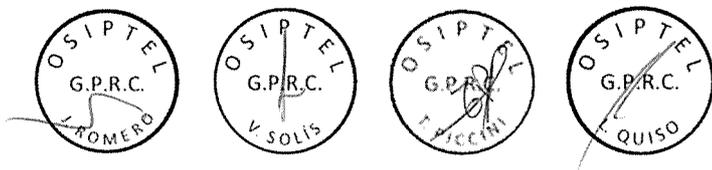
Consideran fundamental recordar que las facultades del OSIPTEL en ejercicio de cualquiera de sus funciones -incluyendo la función normativa en virtud de la cual puede emitir mandatos-, **son estrictamente regladas**, lo cual significa que toda actuación del OSIPTEL debe estar expresamente prevista en una norma legal o, de otro modo, el OSIPTEL estará impedido de realizarla.

Señalan que en Derecho Administrativo, como indica el profesor Morón Urbina, el Principio de Legalidad determina que las facultades de la Administración Pública sigan una regla completamente inversa a la que opera en el ámbito del Derecho Civil, *“ya que, debiendo su creación y subsistencia a la ley, [la actuación de la Administración] **siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo**, el cual lógicamente no puede ser ilimitado”*. De ese modo, explica Morón, *“los administrados tienen el poder de exigir a la Administración **que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto**, y que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, **de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen, y persiguiendo el fin que las mismas indiquen**”<sup>14</sup>* (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

Por lo tanto, consideran que las facultades de los organismos administrativos, como el OSIPTEL, nunca pueden presumirse -como pretende AZTECA PERÚ-, por el contrario, deben ser expresas, de modo tal que todo acto de la Administración encuentre pleno sustento en el ordenamiento jurídico que lo legitime.

LUZ DEL SUR es de la opinión que la facultad del OSIPTEL para emitir mandatos se encuentra limitada, tal como lo establece de manera expresa el artículo 25° del Reglamento RDNFO, a ordenar el acceso y uso de la infraestructura eléctrica cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la negociación y suscripción de un contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica.

<sup>14</sup> MORÓN, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica,



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 17 de 130
	INFORME	

Precisan que suscribieron el contrato el 25 de noviembre de 2015, sin necesidad de que ninguna de las partes invoque la referida cláusula para la emisión de un mandato de compartición y que una vez suscrito, el contrato se rige por los términos y condiciones expresamente estipulados en él y estos son plenamente exigibles a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 1361<sup>o15</sup> del Código Civil.

Señalan que las facultades otorgadas al OSIPTEL en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal (en adelante, “Ley 29904”) y el Reglamento RDNFO son plenamente coherentes con la regulación de la RDNFO. Ésta, como el OSIPTEL conoce, **tiene como objetivo regular el despliegue de la infraestructura de la RDNFO**, es decir, está destinada a asegurar las condiciones que permitan al operador de la RDNFO (AZTECA PERÚ) tender su cable de fibra óptica en la infraestructura de uso público en la cual necesita soportarse para la construcción de la RDNFO, y no a regular dicha infraestructura una vez que ésta ya ha sido desplegada<sup>16</sup>.

Indican que nada dice la Ley 29904 ni el Reglamento RDNFO sobre la regulación aplicable a la RDNFO durante el plazo en el cual ésta se encuentra soportada sobre la infraestructura de uso público (no se prevé, por ejemplo, que se regularán las condiciones técnicas o económicas a las que deberán ajustarse las empresas durante todo ese plazo), lo cual confirma que, como hemos señalado, a partir de que la RDNFO ya fue desplegada, la relación contractual establecida entre AZTECA PERÚ y el titular de la infraestructura se rige por lo dispuesto en su respectivo contrato de acceso y uso.

LUZ DEL SUR considera que no corresponde atender el pedido de información formulado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia en tanto, como ha sido señalado, considera que el OSIPTEL no puede avocarse al conocimiento de la Solicitud de Mandato.

#### 4.2.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 30.11.2017):

##### 4.2.3.1 La referencia a que se desconocerían las condiciones económicas pactadas en el contrato de compartición deben ser desestimadas.

AZTECA PERÚ señala que LUZ DEL SUR está fuera de lugar, dado que desde su primera carta manifestó claramente su intención de que se varíen las condiciones económicas previstas en el contrato de compartición, es decir que se modifique el

<sup>15</sup> “Artículo 1361°.- **Obligatoriedad de los contratos**

*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”*

<sup>16</sup> Indican que nada dice la Ley RDNFO ni el Reglamento RDNFO sobre la regulación aplicable a la RDNFO durante todo el plazo en el cual ésta se soporta sobre la infraestructura de uso público (no se prevé, por ejemplo, que se regularán las condiciones técnicas o económicas a las que deberán ajustarse las empresas durante todo ese plazo).



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 130

texto de la cláusula sexta en lo que respecta al valor unitario. Por lo mismo, consideran que no tienen sentido traer a colación dicha disposición contractual cuando lo que ha planteado es precisamente su cambio, porque no está de acuerdo en seguir rigiéndose por la misma.

Señalan que en ningún momento ha afirmado que el valor del factor “Na” ha sido modificado por la Resolución Viceministerial ni por otra norma, lo que indica manifestó a LUZ DEL SUR es que consideraba que se había cometido un error al momento de calcular los montos que se incluyeron en el numeral 6.1 de la cláusula sexta del contrato de compartición y que en razón a ello planteaba proceder a enmendarlo/adecuarlos.

Indican que AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se modifique la contraprestación pactada a efectos que se le aplique un nuevo valor arbitrario al factor “Na”, que no guarda correspondencia con la emisión de alguna norma, sino que se ha solicitado que se aplique el valor correcto para la determinación de la contraprestación.

Precisan que AZTECA PERÚ no está solicitando al Consejo Directivo que interprete lo dispuesto en el contrato de compartición sino que proceda a emitir un mandato que modifique las condiciones económicas que inicialmente fueron establecidas tal como se lo planteó inicialmente a LUZ DEL SUR:

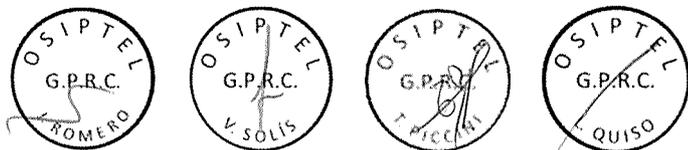
#### 4.2.3.2 EL Consejo Directivo puede y debe atender su solicitud de mandato.

##### A. Los Mandatos de Compartición pueden ser dictados por el Consejo Directivo incluso cuando existe un contrato.

AZTECA PERÚ señala que aun 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. Incluso señala que la parte interesada puede renegociar cláusulas que fijen plazos forzosos de vigencia, ya sea del contrato en su conjunto o de determinadas condiciones.

AZTECA PERÚ considera 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. Señala 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>17</sup>.

<sup>17</sup> Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 19 de 130
	INFORME	

Asimismo indica que a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>18</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 N° 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.

Manifiestan que es importante tener en cuenta que, en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama “*regulación escalonada*”, es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos:

*“(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio 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 reseña” (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>19</sup>*

Precisan que la prerrogativa de intervención pública bajo comentario es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la **función normativa-regulatoria** del OSIPTEL<sup>20</sup>, la que comprende “dictar mandatos y normas de carácter particular;

<sup>18</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.

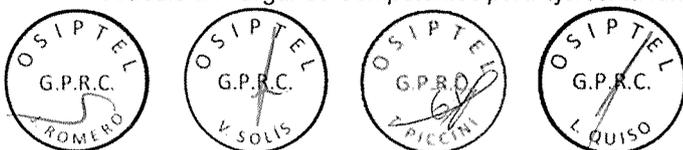
<sup>19</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2016, pp. 151-152.

<sup>20</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 junción 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*



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 130

referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios<sup>21</sup>. Refieren que 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>22</sup>*

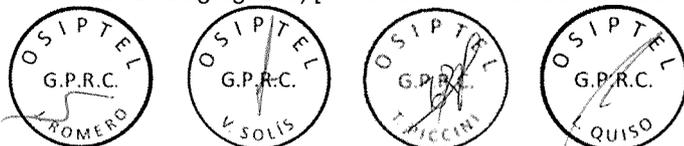
AZTECA PERÚ indica que en el ejercicio de su función normativa, es el OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y en particular, evaluar si corresponde 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>23</sup>. Indican también 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.

*La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.”*

<sup>21</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>22</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.

<sup>23</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 pública**, 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	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 21 de 130

AZTECA PERÚ señala que la competencia del Consejo Directivo del 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/C1), 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 de OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no el Cuerpo Colegiado:

*“46. Sin embargo, este órgano colegiado, discrepa del razonamiento de la primera instancia, en la medida que las pretensiones transcritas en el numeral 44 **implican el ejercicio de la función normativa**, por cuanto la modificación de la contraprestación que pretende Multivisión, **generará o constituirá una relación jurídica con una nueva contraprestación**, en caso que el mandato de compartición de infraestructura correspondiente así lo disponga.*

(...)

*48. Precisamente, luego de un análisis de las pretensiones de Multivisión antes citadas, el Tribunal considera que las mismas buscan una modificación de la contraprestación fijada por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL. Debe puntualizarse que no solamente se busca una revisión de la fórmula que supuestamente habría utilizado SEAL para establecer los montos a cobrar por el uso de los postes dependiendo del tipo de tensión, baja o media, sino además, **pretende que los órganos de solución de controversias fijen la metodología y la contraprestación que corresponda de acuerdo a la normativa**, en este caso, que cumpla con el principio de onerosidad de la compartición.*

(...)

*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 reglas que deben seguir las partes para una adecuada ejecución del objeto del mismo, consistente en el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. (...)<sup>24</sup> (subrayado y énfasis agregado).*

<sup>24</sup> Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 130

Es por lo expuesto que, producto del pedido de mandato de compartición que posteriormente inició Multivisión, a través del informe que sustentó su Resolución N°. 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”.**

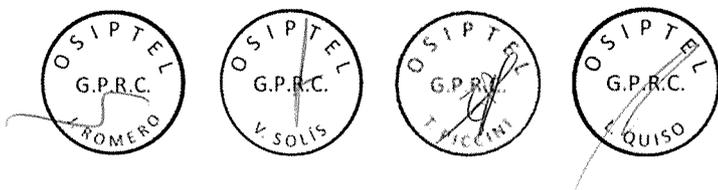
Por otro lado, AZTECA PERÚ señala que sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica.

En tal sentido, consideran 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 (LUZ DEL SUR) y el operador de telecomunicaciones (AZTECA PERÚ).

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

AZTECA PERÚ manifiesta 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.

Consideran que como indicaron en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 23 de 130
	INFORME	

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. Señalan que justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

En ese sentido, AZTECA PERÚ estima que las condiciones económicas que se incluyeron en la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a LUZ DEL SUR 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. Ocurre pues que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

Señalan que el escenario antes descrito obedece exclusivamente a que LUZ DEL SUR 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. Por ello, consideran que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de LUZ DEL SUR 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 AZTECA PERÚ, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a LUZ DEL SUR 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.

Indican que ante la rotunda negativa de LUZ DEL SUR 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 ha recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas-regulatorias, garantice que la infraestructura de LUZ DEL SUR 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.

Señalan que como indicaron en su solicitud, es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido este



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 130

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>25</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>26</sup> (énfasis agregado).

En ese sentido, indica 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.

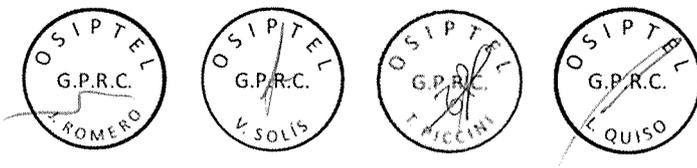
Consideran que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y, por tanto, negarse a modificar el Contrato de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que nos referimos pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Asimismo, manifiestan que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Compartición o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres de LUZ DEL SUR por disposición de dicho concesionario eléctrico. Ciertamente, las condiciones económicas bajo las cuales LUZ DEL SUR 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.

Mencionan 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.

<sup>25</sup> JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press. 2016. p. 387.

<sup>26</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo III. 15ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 12



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 25 de 130

Indican 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>27</sup>. Señalan que el OSIPTEL no puede obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de LUZ DEL SUR, 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.

AZTECA PERÚ indica que en este contexto, la emisión de un mandato de compartición con la finalidad de resguardar el uso de la infraestructura eléctrica cobra

<sup>27</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 ediles, 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.**
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 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 130

mayor relevancia cuando, en el marco de una renegociación entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones, existe asimetría de información entre tales agentes. Señalan que AZTECA PERÚ 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.

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.

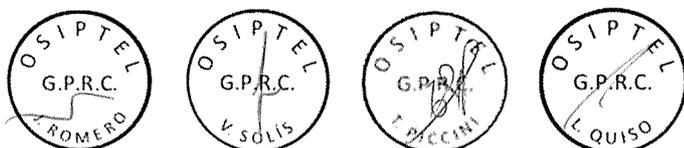
Señalan que precisamente, como resultado de la asimetría informativa, en sus primeras cartas solo plantearon a LUZ DEL SUR cómo consideraban debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que “nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos”. Es pues evidente que si AZTECA PERÚ hubiera tenido acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. LUZ DEL SUR en ningún momento accedió a proveerles de dicha información, abusando de su posición dominante.

Por lo expuesto, consideran que ante la falta de un acuerdo entre las partes respecto al ajuste de la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica propuesta por AZTECA PERÚ, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de la modificación de la contraprestación en tanto excede el precio máximo regulado, el Consejo Directivo del OSIPTTEL es quien deberá fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre LUZ DEL SUR (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.

#### 4.2.3.3 La pretensión de AZTECA PERÚ no es arbitrable.

AZTECA PERÚ señala que LUZ DEL SUR pretende no entender la naturaleza de su pretensión en este procedimiento: AZTECA PERÚ planteó a LUZ DEL SUR la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición, intentando negociar de buena fe, pero al no llegar a un acuerdo con la empresa eléctrica respecto a los términos del acuerdo complementario (en particular respecto al valor que deben asignar al “Na”) ha procedido a solicitar la intervención del regulador.

AZTECA PERÚ manifiesta que no pretende discutir ante el Consejo Directivo como debe interpretarse o aplicarse el texto original del contrato de compartición, en tanto comprende que éste no es el fuero competente, por lo que considera que no se cumple el supuesto de hecho para la aplicación de la Cláusula Décimo Primera del



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 27 de 130

contrato: no están 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 LUZ DEL SUR legitima la intervención exclusiva del OSIPTEL, por lo mismo, considera que no se trata de una materia arbitrable.

Señala que el fuero arbitral no constituye la vía idónea para discutir y/o atender el requerimiento de modificación contractual de AZTECA PERÚ, sino el procedimiento de emisión de mandato de compartición a cargo del Consejo Directivo del OSIPTEL, en el cabal ejercicio de sus funciones y competencias. Sólo a través de este procedimiento, el Consejo Directivo del OSIPTEL podrá resguardar efectivamente el interés público detrás de la continuidad del despliegue y operación de la Red Dorsal.

Reconocen que, desde el principio, era muy probable que la propuesta de AZTECA PERÚ fuera rechazada por LUZ DEL SUR, 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. Indican 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>28</sup>, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta en un fuero arbitral. 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.

Precisan que, alegando que el fuero arbitral es la vía competente para la resolución de la presente controversia, LUZ DEL SUR pretende ignorar que esta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad y la 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.

AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener en cuenta que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente<sup>29</sup>. En este caso señalan tener al menos una

<sup>28</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.

<sup>29</sup> Decreto Legislativo No. 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.



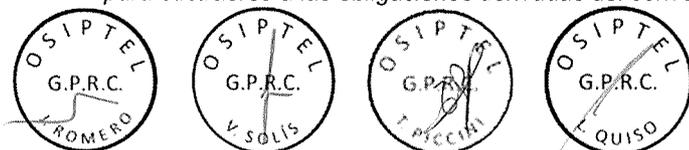
	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 130

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. Si AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR 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 OSIPTTEL debe intervenir a efectos de regular dicha condición. Cabe indicar también que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer.

En línea a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que tampoco están frente a un supuesto en el que 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 LUZ DEL SUR 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, por lo que AZTECA PERÚ únicamente solicita que el Contrato de Compartición fuese 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. Señalan que su posición se encuentre respaldada en disposiciones normativas lo que no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.

Precisan que si en este momento LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ recién estuvieran negociando por primera vez los términos de su contrato de acceso y uso de infraestructura, la contraprestación constituiría un término respecto al cual sólo podrían negociar un precio menor al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la Metodología. Si LUZ DEL SUR se negara a la solicitud de AZTECA PERÚ de aplicar el precio máximo y quisiera imponer un precio mayor, ¿acaso AZTECA PERÚ no estaría legitimada para solicitar al Consejo Directivo del OSIPTTEL la emisión de un mandato conforme al artículo 25 del Reglamento?, ¿sería válido argumentar que porque AZTECA PERÚ está solicitando que se aplique una limitación normativa no se ha cumplido con el supuesto de negociación del contrato y por lo tanto no corresponde la emisión de mandato?, ¿tendrían las futuras partes que recurrir a un Cuerpo Colegiado para se pronuncie si corresponde o no la aplicación del precio tope y dejar en stand by el despliegue de la Red Dorsal porque no se ponen de acuerdo respecto a qué valor aplicar?, ¿no implicaría ello una afectación directa al interés detrás del despliegue y operación de un proyecto declarado de necesidad pública e interés nacional?, ¿no es acaso justamente para salvar estos supuestos que se le han otorgado facultades normativas-regulatorias de intervención administrativa al Consejo Directivo del OSIPTTEL?

*2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.*



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 130

AZTECA PERÚ manifiesta 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>30</sup>. Ello, puesto que 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>31</sup>, en tanto 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>32</sup>.

#### 4.2.3.4 No existe conflicto con el fuero jurisdiccional.

AZTECA PERÚ resalta que LUZ DEL SUR presentó la petición arbitral el 30 de octubre de 2017, 18 días luego que fuera notificado con su solicitud de mandato (el 12 de octubre de 2017). Lo cierto es que, a la fecha de la presentación de la solicitud de mandato no existía ninguna controversia entre las partes pendiente de ser analizada en fuero arbitral alguno. Por tanto, es evidente que dicha demanda fue presentada con el único ánimo de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia del OSIPTEL.

Asimismo, señala que debe tenerse presente que el artículo 73 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS<sup>33</sup> (el "TUO LPAG"), bajo cuyos términos debe ser entendido el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, establece una serie de

<sup>30</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>31</sup> Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

<sup>32</sup> Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

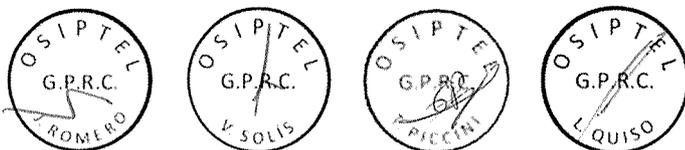
<sup>33</sup> TUO LPAG, Artículo 73

"Artículo 73.-Conflicto con la junción jurisdiccional

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

73.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso." (énfasis agregado).



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 130

requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, bajo la asunción, como señala ROCCO, que *“la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva”*<sup>34</sup>.

- i. Que exista una cuestión contenciosa entre dos particulares;
- ii. **Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado;**
- iii. Que objetivamente **sea necesario obtener un pronunciamiento judicial previo para poder resolver la cuestión;** y
- iv. que exista **identidad de sujetos, hechos y fundamentos.**

AZTECA PERÚ indica que en el presente caso, no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto a la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado por AZTECA PERÚ. Señalan que lo que LUZ DEL SUR ha planteado al Tribunal Arbitral, entre otros, es (i) que se declare que la contraprestación a cargo de AZTECA PERÚ sólo puede ser variada en los casos en los que el Viceministerio de Comunicaciones modifique los valores de las variables “m”, “l”, “h” o “f” y (ii) ordene a AZTECA PERÚ a que durante la vigencia del Contrato de Compartición se abstenga de desconocer el valor pactado por las partes para el denominador “Na”.

AZTECA PERÚ destaca que en el párrafo 1.7 de su escrito LUZ DEL SUR admite que optó por presentar su petición arbitral de modo que se aparentara que la misma materia de fondo se estaba discutiendo en este procedimiento, AZTECA PERÚ señala que lo referido no es cierto y está solicitando al Consejo Directivo que disponga la modificación de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas. Señalan que no es objeto del presente procedimiento que se realice una interpretación contractual o que se revise la aplicación de la normativa respecto al texto original del contrato, pues ello escaparía a la función normativa regulatoria de este órgano.

Además, señala que no se encuentran ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición respecto a una de las materias más importantes que LUZ DEL SUR implícitamente pretende discutir en el fuero arbitral: cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología.

Manifiestan que es el Tribunal Arbitral quien debiera abstenerse de ver el caso en tanto que, para atender las pretensiones de LUZ DEL SUR, dicho tribunal requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor “Na”. Indican que siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y

<sup>34</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol. I, p. 81.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 31 de 130

necesidad pública, bajo competencia directa y primaria al OSIPTEL, mal haría el Tribunal Arbitral en avocarse en la materia.

Asimismo, señalan que una posición distinta implicaría reconocer prácticamente una carta blanca para las empresas en posición de dominio e incluso monopolistas para “neutralizar” al regulador, incluyendo cláusulas arbitrales irrestrictas en sus contratados de acceso y uso de infraestructura, evitando así que el OSIPTEL ejerza sus competencias. A la larga, la regulación para garantizar el acceso y uso de infraestructura eléctrica bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria perderían todo efecto cuando las partes celebren un contrato.

AZTECA PERÚ respecto a la lógica detrás de la posición primaria y preferente que corresponde a la competencia administrativa, debe tenerse en consideración lo expuesto por MORON URBINA:

*“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...). Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias, mediante la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia).”<sup>35</sup>*

Asimismo, señalan que no existe una transgresión a lo estipulado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú como lo alega en su escrito LUZ DEL SUR, pues no se cumplen todas las circunstancias que prevé el artículo 73 del TUO LPAG y en consecuencia, el OSIPTEL no estaría interfiriendo con la función jurisdiccional. Por el contrario, en este caso, es el Tribunal Arbitral quien no constituye el fuero competente para la resolución de la presente controversia y cuyo laudo arbitral no podría obligar a las partes a vulnerar el marco regulatorio que el OSIPTEL tiene competencia exclusiva para supervisar y fiscalizar, además de ser quien no podría avocarse a un tema pendiente de resolución en el fuero administrativo.

Manifiestan que se debe tener en consideración además que, dar espacio a que LUZ DEL SUR u otras empresas eléctricas consideren que los planteamientos de re-definición contractual pueden ser materia de arbitraje, implicaría un serio desmedro a las facultades del OSIPTEL, además de traer implícito el riesgo de que se dicten múltiples y diversos laudos respecto a lo que debe ser considerado el “precio máximo” a que señalado en el Reglamento.

Consideran que este riesgo es bastante serio pues, mientras para un Tribunal Arbitral la contraprestación pactada contractualmente podría ser considerada válida y exigible,

<sup>35</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 130

bajo un criterio regulatorio del OSIPTEL dicho valor puede ser exponencialmente mayor al tope reglamentario. Peor aún, un Tribunal Arbitral podría aplicar la Metodología bajo ciertos criterios y otro bajo parámetros distintos. Es más, un Tribunal Arbitral podría considerar que la contraprestación pactada en un determinado contrato es fija e inmodificable y otro Tribunal Arbitral, respecto a un planteamiento similar en otro caso, podría estimar que es imperativo que las contraprestaciones varíen en función a las modificaciones que se dispongan normativamente respecto de los valores de las fórmulas. Al final, señalan que el grado de incertidumbre y contradicción podría ser tal que, ante infraestructuras similares, AZTECA PERÚ pague a una empresa eléctrica contraprestaciones calculadas en función a un “Na” equivalente a 3 y con los valores originales de las variables “m” y “f” y a otras en razón a un incorrecto “Na” igual a 1 y con variables sujetas a cambios en el tiempo. En esa línea, inclusive, podría haber un Tribunal Arbitral que dicte que las disposiciones del Reglamento no son imperativas.

AZTECA PERÚ señala que debe quedar claro que un Tribunal Arbitral no es el fuero competente para la resolución de la presente controversia. El OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo, es quien debe garantizar que, mediante un mandato, se modifiquen los términos que rigen la relación de compartición de LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ, 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.

Por lo expuesto, AZTECA PERÚ manifiesta que ha procedido a presentar su total oposición al arbitraje planteado por LUZ DEL SUR.

#### 4.2.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

##### 4.2.4.1 Competencia del OSIPTEL para modificar las condiciones que rigen una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En primer término, se debe señalar 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 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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 33 de 130

infraestructura eléctrica, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias (artículo 32 de la Ley N° 29904).

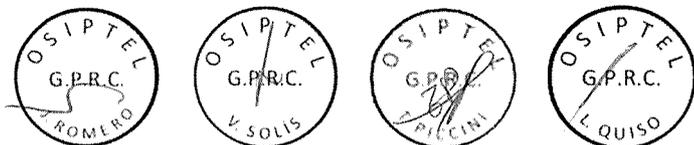
- El resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904).

Bajo dicho contexto, la suscripción y vigencia del Contrato no limita a AZTECA PERÚ a negociar o requerir a LUZ DEL SUR durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones acordadas en el Contrato y, en su caso, a arribar al acuerdo complementario respectivo. Se debe mencionar que en lo que se refiere a la infraestructura que es compartida en virtud del Contrato, la negociación o requerimiento para la variación de las condiciones inicialmente acordadas, se debe sujetar también a las disposiciones de la Ley N° 29904, considerando que las partes crearon su relación de compartición (en el año 2015) al amparo de la citada Ley.

Cabe indicar que el marco legal definido por la Ley N° 29904, no limita a que un contrato de compartición únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de compartición, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones 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 LUZ DEL SUR con fecha 18 de agosto del 2017, constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, el rechazo de LUZ DEL SUR a una parte 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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 130

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.

#### **4.2.4.2 La solicitud de AZTECA PERÚ para que se disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de LUZ DEL SUR.**

AZTECA PERÚ ha formulado una solicitud para que el OSIPTEL disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de LUZ DEL SUR.

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 Implicancias del arbitraje solicitado por LUZ DEL SUR luego de iniciado el presente procedimiento de emisión de mandato.**

LUZ DEL SUR ha iniciado un arbitraje en cuya virtud solicita al OSIPTEL que no se pronuncie en el presente procedimiento.

Al respecto, se debe señalar, en primer término, que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL.

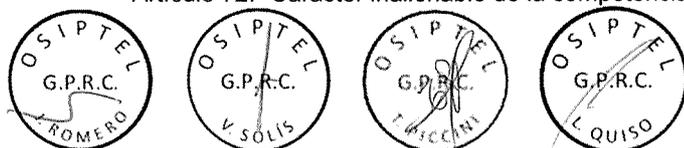
En ese sentido, se debe señalar que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo. Ello, conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO LPAG<sup>36</sup>.

Asimismo, se debe tener en cuenta que cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en *una ley o en mandato judicial expreso*, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUO LPAG<sup>37</sup>. Respecto de lo cual, se debe señalar los siguientes dos puntos:

<sup>36</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>37</sup> "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 130

- (i) No se tiene conocimiento de la existencia de alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza en el presente procedimiento, la atribución antes señalada.

En particular, no se verifica el supuesto de conflicto con la función jurisdiccional al que hace mención el artículo 73.1 del TUO LPAG<sup>38</sup>. Si bien existe una cuestión litigiosa entre LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ que la primera ha sometido a arbitraje (luego de iniciado el presente procedimiento); se debe señalar que la modificación de una condición contractual y, por ende, el cambio de la configuración de la relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904; implica para el OSIPTEL el ejercicio de la función normativa que le asignan las leyes N° 27332 y N° 29904 –en una intervención subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de una de éstas- con la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional<sup>39</sup>.

En ese sentido, la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional para que el OSIPTEL emita su pronunciamiento: el marco legal antes citado es claro sobre la atribución que debe ejercer este Organismo Regulador en la vía de mandato, respecto de las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de

---

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.(...)"

<sup>38</sup> "Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. (...)"

<sup>39</sup> "Artículo 1. Objeto de la Ley

El propósito de la Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento."

"Artículo 2. Promoción de la Banda Ancha

El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente.

"Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Decláranse de necesidad pública e interés nacional:

i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.

ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la ubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil."



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 130

telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. LUZ DEL SUR), en una relación de compartición de infraestructura que se sujeta a la Ley N° 29904.

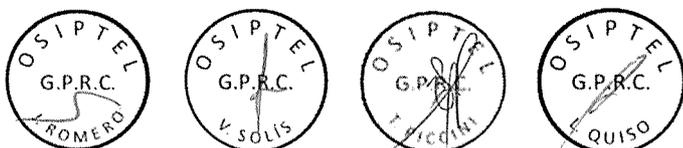
Cabe añadir que la función jurisdiccional –que tiene su origen en el artículo 139 de la Constitución, citado por LUZ DEL SUR - difiere de la función normativa con la que cuentan los Organismos Reguladores en virtud de la Ley N° 27332, que comprende: *“la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios (...)”*. Esta facultad ha sido conferida por el Congreso de la República a los Organismos Reguladores –y no a los órganos jurisdiccionales- para resolver fallas de mercado en determinadas actividades económicas, por resultar ello necesario para implementar y dar cumplimiento al régimen económico previsto en los artículos 58 al 65 de la Constitución.

Asimismo, se reitera que la Ley N° 29904, establece en su artículo 13 restricciones a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación de los titulares de la infraestructura necesaria para el despliegue de las redes de Banda Ancha, cuyo cumplimiento debe ser verificado por el OSIPTEL ejerciendo la atribución conferida por el artículo 32 de la citada Ley, concordado con el artículo 25, numeral 25.3, de su Reglamento.

- (ii) A la fecha del presente informe, tampoco se ha recibido notificación de algún mandato judicial que disponga que el OSIPTEL no ejerza la atribución en mención.

En consecuencia, no existe a la fecha ninguna situación que justifique que el OSIPTEL no ejerza la atribución de decidir sobre las condiciones económicas (precio máximo) que corresponden ser aplicadas en la relación de compartición de infraestructura existente entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR.

Finalmente, cabe señalar que los argumentos expuestos por AZTECA PERÚ respecto de la aplicación que considera correcta de la Metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, serán analizados en acápite subsiguientes del presente informe.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 37 de 130

#### 4.2.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

##### 4.2.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Carta DJ-151/18 recibida el 16.01.2018).

###### A. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN.

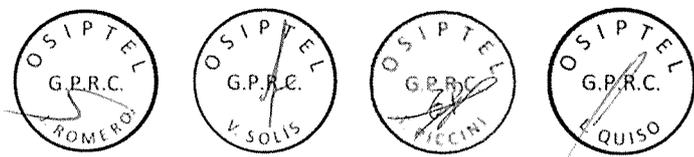
AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato se concluyó correctamente que el Consejo Directivo se encuentra plenamente facultado para modificar una relación de compartición sujeta a la Ley N° 29904 (la “Ley de Banda Ancha”) y su Reglamento, ante la negociación infructuosa planteada por una de las partes para modificar la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura. En consecuencia, se confirmó que el OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.

La referida empresa indica siempre haber sostenido que el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. Ello, en tanto la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas.

AZTECA PERÚ 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. Dicha situación se evidencia en el presente caso: AZTECA PERÚ solicitó a LUZ DEL SUR la modificación de los términos contractuales referidos a la contraprestación por el uso de infraestructura, en tanto justamente excedía el precio máximo establecido por el marco regulatorio, lo que, a su vez, implicaba una vulneración a un interés público mayor.

Adicionalmente, 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. Ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú. Por lo mismo, consideran que ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo del OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos en ejercicio de su función normativa, la que ha sido expresamente encomendada por ley al ente regulador.

Señala 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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 130

nuevos términos planteados<sup>40</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. Indica 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 están ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de LUZ DEL SUR 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>41</sup>.

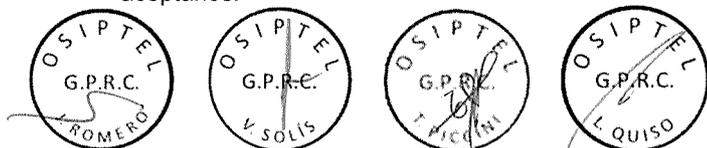
AZTECA PERÚ considera que, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>42</sup>, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue 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.**

Señala que es importante tener en cuenta que **el fin propio del 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**

<sup>40</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 PERÚ 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>41</sup> La infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que *"la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes (énfasis agregado). Bajo este régimen, "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)"* (énfasis agregado). [JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press, 2016, p. 387. y PARADA Ramón. *Derecho Administrativo. Tomo III*. 15ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 12]

<sup>42</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 130

**interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.** Por tanto, en atención a su función normativa - regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe **redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.**

En tal sentido, consideran que queda claro que, a nivel comercial, es posible plantear la renegociación de los términos pactados originalmente en el Contrato de Compartición en cualquier momento (más aún cuando ello obedece al cumplimiento de disposiciones imperativas que resguardan la protección de un interés público) y que en caso las partes no lleguen a un acuerdo frente al nuevo planteamiento, el ordenamiento jurídico actual recoge la posibilidad de acudir al Consejo Directivo para que emita un mandato y defina así si corresponde o no acoger la propuesta.

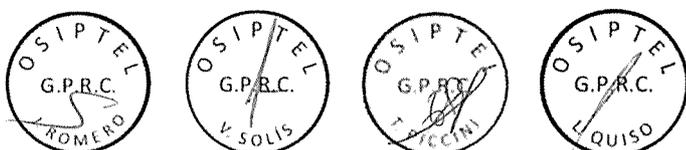
En atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00222-GPRC/2017, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicitan 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.

## **B. SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE INICIADO POR LUZ DEL SUR**

AZTECA PERÚ indica 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 LUZ DEL SUR. Ello, toda vez que: (i) no existe alguna ley que disponga que el OSIPTTEL 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 el OSIPTTEL no ejercería su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 72.2 del artículo 72 del TUO LPAG.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00222-GPRC/2017 en este extremo. Así pues, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTTEL 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, no existe supuesto alguno para que el Consejo Directivo no ejerza su competencia en el presente caso, conforme está establecido en el numeral 72.2 del artículo 72 de TUO LPAG.

Adicionalmente a lo anterior, AZTECA PERÚ indica 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:



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 130

(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.

Señalan que no están ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición respecto de la contraprestación máxima que AZTECA PERÚ debe abonar a LUZ DEL SUR por la compartición de su infraestructura, puesto que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento fijan expresamente la existencia de un precio máximo en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, en el fuero arbitral no puede discutirse cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, pues en ello hay un interés público involucrado, que obedece a la naturaleza misma de la materia regulada (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.

Indican que no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto a la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado. Ello, toda vez que su pretensión es que se modifique el Anexo 5 del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas, lo cual es de estricta competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y no del Tribunal Arbitral, pues están referidas al ejercicio de sus atribuciones normativas-regulatorias.

Consideran que por el contrario, es el Tribunal Arbitral quien debiera abstenerse de conocer las siguientes pretensiones de LUZ DEL SUR: (i) que se declare que la contraprestación a cargo de AZTECA PERÚ sólo puede ser variada en los casos que el Viceministerio de Comunicaciones modifique los valores de las variables “m”, “l”, “h” o “f”, y, (ii) que ordene a AZTECA PERÚ a que durante la vigencia del Contrato de Compartición se abstenga de desconocer el valor pactado por las partes para el denominador “Na”.

Indican que para atender dichas pretensiones, el Tribunal Arbitral requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor “Na”. Consideran que siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública, bajo competencia directa y primaria al OSIPTEL, el Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse sobre esta materia.

Por lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00222-GPRC/2017 respecto de que no existe alguna situación que justifique la inhibición del Consejo Directivo para emitir un Mandato de Compartición y que tampoco se ha verificado un supuesto de conflicto con la función jurisdiccional. En consecuencia, solicitan al Consejo Directivo se emita un mandato de compartición de infraestructura.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 130

#### 4.2.5.2 COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR (Escrito recibido el 16.01.2018).

##### A. OSIPTEL NO PUEDE AVOCARSE A CONOCER EL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

LUZ DEL SUR señala que el OSIPTEL se encuentra impedido de avocarse al conocimiento y resolución de la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA PERÚ, por cuanto ésta trata un asunto que ya ha sido sometido al conocimiento exclusivo de un órgano jurisdiccional y, por lo tanto, solo puede ser dilucidado por éste, sin que el OSIPTEL u otra entidad administrativa pueda interferir.

Manifiesta que, (i) siendo que el Proyecto de Mandato<sup>43</sup> busca modificar el texto de la Cláusula Sexta del “*Contrato de Prestación de Servicios y Soporte de Cables de Telecomunicación en estructuras de alta, media y baja tensión*” (en adelante, el “*Contrato*”) suscrito entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR con el fin de variar el monto de la contraprestación establecida en su acápite 6.1; y, (ii) siendo que las pretensiones a dilucidarse en el Arbitraje versan **sobre la misma materia** (contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR), **se encuentran ante un supuesto en el que, por mandato constitucional, el OSIPTEL se encuentra prohibido de avocarse al conocimiento y resolución del mandato de compartición.**

Hacen referencia al artículo 139° de la Constitución, que señala que la sola existencia del proceso arbitral promovido por LUZ DEL SUR determina la prohibición de que cualquier otra entidad, como el OSIPTEL, se avoque al conocimiento de la misma materia:

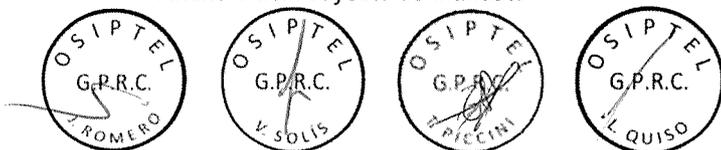
*“Artículo 139a.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*(...)*

*2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. **Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.** Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)”* (resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

Asimismo hacen referencia a que el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC que los arbitrajes están protegidos por el principio de “*no interferencia, referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. **Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluidas autoridades administrativas [como, por ejemplo, OSIPTEL] y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un***

<sup>43</sup> Anexo 1 del Proyecto de Mandato



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 130

**acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes**". (El resaltado y subrayado es de LUZ DEL SUR).

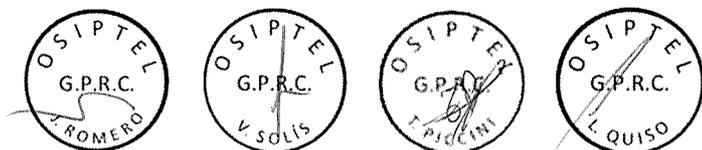
LUZ DEL SUR considera que por el principio constitucional de no interferencia previsto en el artículo 139° de la Constitución, es innegable que la Norma Fundamental ha privilegiado la resolución de una controversia en el fuero jurisdiccional frente al fuero administrativo y, por lo tanto, la autoridad que resuelva en este último, debe necesariamente abstenerse de conocer el referido caso. En otras palabras, indica que mientras el Tribunal Arbitral no haya declarado su falta de competencia sobre la materia sometida a su conocimiento, ninguna autoridad puede avocarse al conocimiento de los asuntos que han sido planteados ante dicha sede; de lo contrario, Incurriría en un supuesto de avocamiento indebido, el cual, tiene graves consecuencias de índole administrativa y funcional, entre otras responsabilidades.

Manifiesta que el avocamiento que viene realizando OSIPTEL mediante el Proyecto de Mandato no solo constituye una grave vulneración de lo previsto en la Constitución, sino que supone un abierto desconocimiento de la obligatoriedad del Principio Kompetenz - Kompetenz, recogido en la ley y en virtud del cual corresponde exclusivamente al Tribunal Arbitral declarar si es competente para conocer la controversia que ha sido sometida a su conocimiento.

Señala que, dadas las delicadas Implicancias que conllevaría Ignorar el pedido de INHIBICIÓN que ha formulado LUZ DEL SUR, le llama sobremanera la atención que el OSIPTEL continúe con el procedimiento de mandato iniciado por AZTECA PERÚ. Por ello, señala que es imperativo que el OSIPTEL se pronuncie de manera motivada sobre el pedido de Inhibición formulado por LUZ DEL SUR y que, en estricto cumplimiento de su deber de respetar la competencia exclusiva del Tribunal Arbitral conformado para resolver la controversia surgida entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR, **se INHIBA del presente procedimiento.**

Adicionalmente considera que los argumentos esgrimidos por AZTECA PERÚ y recogidos por el OSIPTEL en el Proyecto de Mandato no desvirtúan en absoluto lo sustentado por LUZ DEL SUR en los párrafos precedentes respecto a la ausencia de competencia del OSIPTEL y su obligación de Inhibirse del presente procedimiento. Por el contrario, señala que AZTECA PERÚ no hace sino confundir las disposiciones constitucionales y legales sobre el avocamiento Indebido y la inhibición administrativa, para tratar de convencer al OSIPTEL de que resuelva la solicitud de mandato cuando se encuentra legalmente impedido de hacerlo conforme a lo expresamente establecido en el artículo 139° de la Constitución y el Principio Kompetenz - Kompetenz.

Manifiesta que, AZTECA PERÚ sostiene que el OSIPTEL es competente para resolver su solicitud de mandato y que, por lo tanto, es el Tribunal Arbitral quien tendría que abstenerse de conocer el presente caso, en tanto el artículo 139° de la Constitución que prohíbe el avocamiento Indebido de controversias sometidas a fueros jurisdiccionales, debe ser entendido bajo los términos del artículo 73° del TUO LPAG;



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 130

como si las disposiciones constitucionales tuvieran que supeditarse a disposiciones de rango inferior.

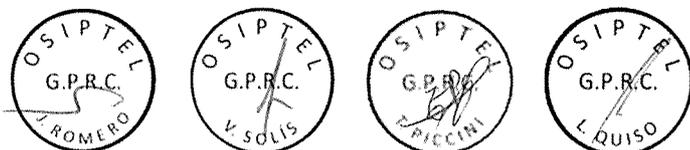
LUZ DEL SUR considera que en su errada interpretación, AZTECA PERÚ sostiene que, para que una autoridad administrativa deba inhibirse de conocer una controversia en sede jurisdiccional conforme al artículo 139° de la Constitución, deben cumplirse previamente una serie de requisitos previstos en el mencionado artículo 73° del TUO LPAG como: (i) que exista una cuestión contenciosa entre dos particulares; (ii) que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado; y (iii) que sea necesario obtener un pronunciamiento judicial previo para poder resolver la cuestión; y (iv) que exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Manifiesta que la interpretación que AZTECA PERÚ realiza de la Constitución y del artículo 73° del TUO LPAG es inaceptable. En primer lugar, el artículo 139° de la Constitución no está condicionado al cumplimiento de requisito legal alguno. Indica que las disposiciones de la LPAG, como conoce el OSIPTTEL, se encuentran supeditadas a la Constitución y no al revés. En segundo lugar, el artículo 139° y el artículo 73° del TUO LPAG regulan dos supuestos distintos que AZTECA PERÚ confunde.

Considera que el artículo 139° de la Constitución regula la prohibición de avocamiento indebido por parte de autoridades no jurisdiccionales cuando una materia ha sido sometida a conocimiento de un fuero jurisdiccional (como el arbitral), y el artículo 73° del TUO LPAG regula la resolución de una controversia de naturaleza administrativa que requiere de un pronunciamiento judicial previo para poder ser válidamente emitido. Así pues, considera que AZTECA PERÚ confunde erróneamente ambos supuestos y pretende limitar la aplicación del artículo 139° de la Constitución a un supuesto previsto en una norma de rango inferior que nada tiene que ver con el avocamiento indebido.

Señala también que AZTECA PERÚ ni siquiera aplica correctamente lo previsto en el artículo 73° del TUO LPAG, puesto que éste no regula ni podría regular la inhibición de los órganos jurisdiccionales como el Tribunal Arbitral; sino que se refiere únicamente a que la autoridad administrativa debe inhibirse de conocer una controversia administrativa cuando existe identidad con una controversia sometida a un órgano jurisdiccional.

Por lo expuesto, LUZ DEL SUR manifiesta que si el OSIPTTEL no se inhibe en este procedimiento, en resguardo de sus derechos y del orden constitucional, se verá en la obligación de iniciar las acciones legales que resulten necesarias contra la actuación del OSIPTTEL por un avocamiento indebido y un ejercicio ilegal de sus funciones; sin perjuicio de dar cuenta de esta situación a los órganos de control institucional correspondientes.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 130

**B. OSIPTEL NO TIENE COMPETENCIA PARA MODIFICAR CONTRATOS DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA MEDIANTE LA EMISIÓN DE MANDATOS DE COMPARTIACIÓN.**

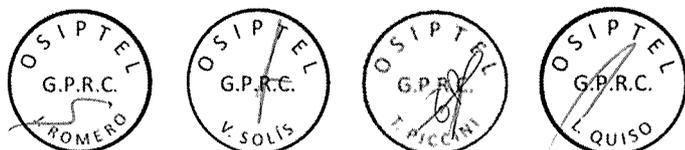
LUZ DEL SUR indica que además de su obligación de inhibirse de conocer una controversia sometida a un tribunal arbitral, el OSIPTEL carece de competencia para modificar el Contrato de Prestación de Servicio y Soporte de Cables de Fibra Óptica celebrado por LUZ DEL SUR y AZTECA PERU; porque el ordenamiento legal que regula la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, "RDNFO") no habilita al OSIPTEL para ordenar tal modificación contractual.

Señala que, en el marco de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la RDNFO, Ley N° 29904 (en adelante, "Ley RDNFO"), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 01-2013-MTC (en adelante, "Reglamento RDNFO"), el OSIPTEL solo ejerce dos tipos de funciones: (i) función normativa en virtud de la cual puede dictar mandatos de compartición a falta de un acuerdo entre el operador y el titular de la infraestructura para el acceso y uso de dicha infraestructura; y (ii) función de supervisión, fiscalización y sanción, mediante la cual el OSIPTEL supervisa el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la Ley RDNFO y Reglamento RDNFO e impone sanciones en caso de verificar un incumplimiento.

Manifiesta que en lo que respecta a la función normativa, el artículo 25° del Reglamento RDNFO es claro en señalar que el OSIPTEL puede dictar un mandato de compartición cuando las partes no han llegado a un acuerdo para el acceso y uso de la infraestructura. De esta manera, en los casos en los cuales no haya sido necesario solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato porque las partes lograron llegar a un acuerdo para la suscripción de un contrato de acceso y uso de la infraestructura, una vez suscrito, el contrato se rige por los términos y condiciones expresamente estipulados en él, sin que exista posibilidad alguna de que el OSIPTEL intervenga posteriormente para modificar los términos de esa relación contractual a solicitud de una de las partes a través de un mandato de compartición.

Considera que las facultades del OSIPTEL en ejercicio de su función normativa son estrictamente regladas y, por lo tanto, se restringen necesariamente a las actuaciones y actos expresamente determinados en el ordenamiento legal. Por lo tanto, en aplicación del Principio de Legalidad, a partir del artículo 25° del Reglamento RDNFO, no sería posible interpretar que el OSIPTEL también puede emitir mandatos de compartición para modificar contratos de acceso y uso de infraestructura libremente pactados.

En tal sentido, consideran que es incorrecto lo señalado por el OSIPTEL en el Proyecto de Mandato al señalar que "(...) *la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (...), es atribución leal y competencia exclusiva del OSIPTEL.*". Manifiesta que a la luz de lo ya expuesto, dicha afirmación carece de todo sustento pues las normas antes mencionadas **ÚNICAMENTE** le otorgan competencia para dictar mandatos de



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 130

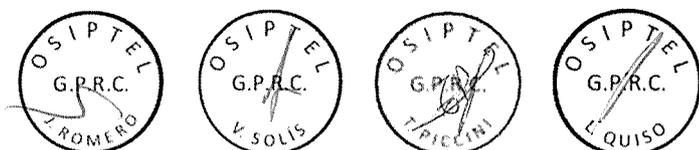
compartición cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo y no luego del acuerdo al que hayan llegado las partes para sostener una relación de compartición de infraestructura en plena y adecuada ejecución.

LUZ DEL SUR indica que le llama la atención que sin indicar el sustento normativo respectivo - en aplicación del principio de legalidad en materia administrativa – el OSIPTEL señale que cuenta con competencia para modificar contratos. Considera que lo expuesto es una clara vulneración al principio citado y que genera la nulidad de un posible mandato de compartición en la medida que no existe amparo legal para emitir dicho pronunciamiento en el presente caso.

Finalmente y respecto a los comentarios formulados por AZTECA PERÚ, manifiesta que dicha empresa no solo no refuta los argumentos de LUZ DEL SUR sobre la falta de competencia del OSIPTEL, sino que desarrolla nuevas tesis sobre la naturaleza de la discrepancia surgida entre dicha empresa y LUZ DEL SUR y sus supuestos derechos, sin que nada de ello tenga que ver o permita sustentar la competencia del OSIPTEL para dictar un “mandato de compartición” que modifique un contrato de acceso y uso de infraestructura suscrito al amparo de la Ley RDNFO.

Considera que sin explicar siquiera por qué considera que el artículo 25° del Reglamento RDNFO sí otorgaría al OSIPTEL la facultad de emitir mandatos para modificar un contrato de acceso y uso de infraestructura (cuando de su texto es claro que no lo prevé), AZTECA PERÚ pasa a afirmar, sin sustento alguno, que la compartición de infraestructura es un mercado regulado, que la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR es una facilidad esencial para el despliegue de la RDNFO porque supuestamente es imprescindible para el desarrollo del proyecto y que LUZ DEL SUR tiene una posición de dominio sobre el mercado regulado de la compartición, entre otras afirmaciones. Manifiesta que sin perjuicio de que ninguna de estas afirmaciones ha sido adecuadamente explicada ni sustentada por AZTECA PERÚ, nada de lo mencionado por dicha empresa a lo largo de su escrito permite sustentar que el OSIPTEL tiene competencia para emitir un mandato que modifique un contrato de acceso y uso de infraestructura. Por el contrario, considera que las afirmaciones de AZTECA PERÚ parecerían destinadas a sustentar que la conducta de LUZ DEL SUR involucraría una supuesta negativa de acceso a una facilidad esencial o un supuesto abuso de posición de dominio para crear barreras al despliegue de la RDNFO. Sin embargo, consideran evidente que la vía competente para resolver o dilucidar estos argumentos tampoco sería el procedimiento de mandato de compartición.

LUZ DEL SUR señala que los argumentos desarrollados por AZTECA PERÚ no sólo omiten sustentar la competencia del OSIPTEL para atender la solicitud de mandato presentada por esta empresa, sino que permiten confirmar justamente lo contrario, esto es, que el procedimiento de mandato iniciado no es el adecuado y que, por lo tanto, el OSIPTEL no tiene competencia sobre éste.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 130

En consecuencia, consideran que también por esta razón, el OSIPTEL debe rechazar de plano la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ, inhibiéndose de conocer la presente materia en tanto el Tribunal Arbitral competente sobre la presente materia no discierna sobre su propia competencia.

#### 4.2.5.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR (Carta DJ-221/18 recibida el 30.01.2018).

##### A. EL CONSEJO DIRECTIVO NO SE ENCUENTRA IMPEDIDO DE EMITIR UN MANDATO EN EL PRESENTE CASO.

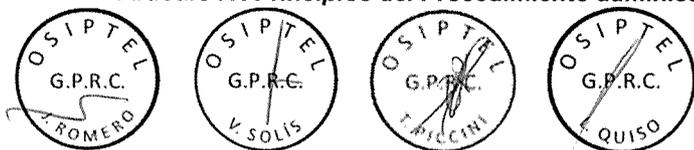
AZTECA PERÚ advierte que LUZ DEL SUR asume equivocadamente que basta la existencia de un proceso arbitral para que una entidad de la Administración Pública deba abstenerse de ejercer su competencia. En esa línea, a su errado criterio, en tanto presentaron una petición arbitral de manera posterior a que fueran notificados con su solicitud de mandato<sup>44</sup>, automáticamente este suceso generó una prohibición para el Consejo Directivo de seguir conociendo su solicitud de mandato de participación, impidiéndole que ejerza su competencia primaria para emitir un mandato que fije las condiciones económicas entre dos partes que no llegaron a un acuerdo luego de una renegociación.

Señalan que si el artículo 139 de la Constitución dispusiera de manera general y absoluta que cualquier autoridad debe inhibirse por la sola existencia de una causa pendiente ante el fuero jurisdiccional, incluso cuando ha sido iniciada con posterioridad, carecería de sentido que las entidades de la Administración Pública sean competentes para resolver controversias entre las mismas partes, más aún cuando son materia regulatoria de exclusiva competencia de la administración. Indican que, aceptar una interpretación como la que sostiene LUZ DEL SUR generaría incentivos perversos para que se impida la actividad de la Administración Pública cuando el administrado tema que la decisión de la autoridad no le va a ser favorable.

Manifiesta que nada más fácil para una empresa que busque neutralizar a una entidad administrativa que recurrir a la presentación de demandas ante el Poder Judicial o peticiones arbitrales con el único propósito de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia de las autoridades administrativas, como el OSIPTEL en este caso, impidiendo la emisión de un pronunciamiento administrativo, ganando tiempo con la aplicación de estrategias procesales y entorpeciendo la resolución de una controversia. Sobre este punto resalta que el ordenamiento jurídico no puede encubrir la mala fe procesal, en donde la sola presentación de una petición arbitral sea suficiente para que una autoridad administrativa no ejerza su competencia. Es así que, en todo procedimiento debe garantizarse la buena fe procedimental<sup>45</sup>, por el que no

<sup>44</sup> LUZ DEL SUR presentó la petición arbitral el 30 de octubre de 2017, 18 días luego que fuera notificado con nuestra solicitud de mandato (el 12 de octubre de 2017).

<sup>45</sup> TUO LPAG, Título Preliminar  
**"Artículo IV. Principios del Procedimiento administrativo"**



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 47 de 130

pueden ampararse solicitudes, planteamientos o recursos que evidencien una mala fe procesal. En esa línea, señalan que constituyen parte de los deberes de los administrados abstenerse de solicitar actuaciones meramente dilatorias o afectar de cualquier modo el principio de conducta procedimental<sup>46</sup>.

Manifiesta que LUZ DEL SUR debe cumplir con guardar la buena fe procedimental y evitar amedrentar al Consejo Directivo para que no ejerza sus competencias, en atención a un procedimiento arbitral iniciado sólo con el fin de obstaculizar un pronunciamiento de la autoridad administrativa.

Señalan que, es inadmisibles interpretar que, cuando el artículo 139 de la Constitución señala que “*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones*”, significa que la sola presentación de una petición arbitral generará que el Consejo Directivo se deba inhibir de emitir un mandato en el presente caso (aun cuando dicha petición sea presentada con posterioridad, con el ánimo de obstaculizar los procedimientos administrativos que están en curso). Dicha norma constitucional no debe ser leída de manera aislada ni de forma general para entender que su aplicación se extiende a todos los casos, sin excepción. En esa línea, Morón Urbina indica: “*(...) no basta que exista un procedimiento judicial abierto para que la administración ceda su competencia, aun cuando los temas sean concurrentes*”<sup>47</sup>.

AZTECA PERÚ advierte que, a la luz de la Constitución, se emitieron normas que regulan la actuación de las entidades de la Administración Pública, como la Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma señala expresamente: (i) los supuestos en los que la autoridad administrativa debe inhibirse de ejercer su competencia; y, (ii) las premisas que deben identificarse para determinar si es que existe un conflicto con la función jurisdiccional y, en atención a esta situación, la autoridad administrativa se inhiba de seguir conociendo un procedimiento.

---

**1.8. Principio de buena fe procedimental.**- *La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.*

***Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.*** (énfasis agregado)

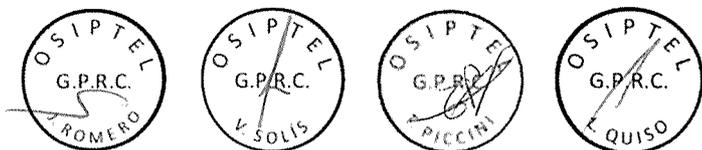
<sup>46</sup> TUO LPAG. Artículo 65

**“Artículo 65.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento**

*Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:*

**1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental”** (énfasis agregado)

<sup>47</sup> MORON URBINA, Juan Carlos (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 289 - 295.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 48 de 130

Considera que la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>48</sup> no es contradictoria con la norma constitucional, ni regula un supuesto distinto al del artículo 139 de la Constitución, como lo alega incorrectamente LUZ DEL SUR. Por el contrario, esta norma legal reconoce que existen supuestos en los que la autoridad administrativa no podrá avocarse a causas pendientes ante órganos jurisdiccionales, siempre que se presente una situación necesaria para que la entidad se inhiba de ejercer su competencia en un caso en particular, permitiendo que coexistan y funcionen los fueros administrativos y jurisdiccionales. Efectivamente, a diferencia de lo que indicó LUZ DEL SUR, AZTECA PERÚ no se encuentra confundiendo los supuestos contemplados en la Constitución y en la Ley de Procedimiento Administrativo General, ambas normas son coherentes entre sí y deben ser leídas en conjunto.

AZTECA PERÚ considera que si bien la Constitución privilegia el fuero jurisdiccional, esta preferencia de que la controversia sea resuelta en el Poder Judicial o en un arbitraje no es absoluta, sino que únicamente se observará cuando exista un conflicto que pueda conllevar a que las decisiones sean contradictorias sobre una misma materia de derecho privado, por lo que existe una situación en la que la autoridad administrativa requiere de la previa decisión judicial o arbitral para emitir pronunciamiento.

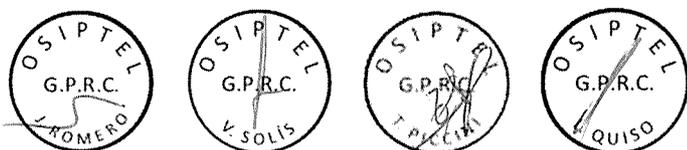
Señala que el que la inhibición del ejercicio de las competencias de una autoridad administrativa requiera de un sólido fundamento obedece a que la actividad administrativa es una actividad primaria de posición preferente para la resolución de las causas y materias que les han sido atribuidas, siendo la actividad jurisdiccional secundaria y excepcional. En esa línea, a nivel doctrinario, ROCCO señala que *“la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva”*<sup>49</sup>.

Indica que igualmente, MORON URBINA desarrolla que, de manera excepcional, cuando pueda surgir alguna interferencia en los pronunciamientos del Estado (autoridades administrativas y jurisdiccionales), con el fin de resguardar la unidad de las decisiones, es que la resolución por vía administrativa dejará de tener una posición preferente, como se anota a continuación:

*“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...). Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias, mediante*

<sup>48</sup> Señala que se debe tener en cuenta que la constitucionalidad de la Ley del Procedimiento Administrativo General no ha sido cuestionada, por lo que se presume que guarda coherencia con la Constitución. De ese modo, LUZ DEL SUR no puede afirmar que esta ley constituye una norma que siguió los parámetros regulados en la Constitución y, por ende, se sujeta a los principios dispuestos en ella.

<sup>49</sup> ROCCO. Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol. 1, p. 81



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 130

*la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia).<sup>50</sup>*

AZTECA PERÚ manifiesta que, considerando que el Consejo Directivo es quien tiene la competencia primaria para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas luego de una renegociación infructuosa a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, dicho órgano sólo podrá inhibirse de ejercer su competencia cuando verifique el cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 73 del TUO LPAG. En efecto, existe una obligación directa de que los órganos administrativos ejerzan la competencia que les fue atribuida<sup>51</sup>, por lo que constituye una excepción que se aparten de una controversia para la que se encuentran facultados de conocer y, por ende, la inhibición debe encontrarse sustentada en la normativa vigente.

Indica que, en el presente caso, LUZ DEL SUR exige que el Consejo Directivo se inhiba de conocer su solicitud de mandato de compartición sin ninguna fundamentación. Así, LUZ DEL SUR no ha señalado que exista alguna ley ni ha presentado algún mandato judicial que expresamente ordene al OSIPTEL que no ejerza su competencia en este caso en particular, los cuales constituyen los únicos supuestos por los que podría exigirle al Consejo Directivo que se inhiba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 del TUO LPAG.

*“Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa (...)*

*72.2 **Solo por ley o mediante mandato judicial expreso**, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.”*

AZTECA PERÚ manifiesta que del mismo modo, tampoco se advierte que exista un conflicto con la función jurisdiccional, que constituye el escenario en el que la autoridad administrativa, de oficio, decide inhibirse de continuar con la tramitación de un procedimiento administrativo ante la motivada existencia de un proceso jurisdiccional que versa sobre una misma materia y cuya decisión es indispensable para que pueda emitirse un pronunciamiento administrativo. Señala que se debe tener presente que, el artículo 73 del TUO LPAG<sup>52</sup>, establece los siguientes requisitos para

<sup>50</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344

<sup>51</sup> TUO LPAG. Artículo 74

“Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley. (énfasis agregado)

<sup>52</sup> TUO LPAG, Artículo 73

“Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 130

que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, lo cual también ha sido reconocido en el Informe Jurídico N° 009-2013-JUS/DGDOJ del Ministerio de Justicia<sup>53</sup>:

- i. Que exista una cuestión contenciosa entre dos particulares;
- ii. **Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado;**
- iii. Que objetivamente sea **necesario obtener un pronunciamiento judicial previo para poder resolver la cuestión:** y
- iv. Que exista **identidad de sujetos, hechos y fundamentos.**

Manifiesta que, si bien puede existir una controversia planteada por LUZ DEL SUR ante un Tribunal Arbitral durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, no están ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición. En efecto, cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología es un tema que se encuentra regulado en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, sobre la cual las partes no pueden pactar en contra ni el fuero arbitral puede decidir no aplicarlas.

Consideran que es importante recordar que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente<sup>54</sup>. En este caso se tiene que la contraprestación por el uso de infraestructura limita la libertad contractual de las partes, pues siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. En ese orden de ideas, consideran que corresponde

73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

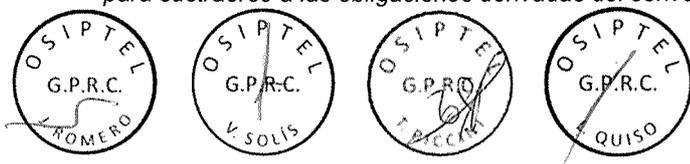
73:2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso. " (énfasis agregado)

<sup>53</sup> Ver la Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, sobre la aplicación de la Ley No. 27444, pág. 89 y 90. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf> (Visitado el 24 de enero de 2018)

<sup>54</sup> Decreto Legislativo No. 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje  
"Artículo 2.-Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral."



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 130

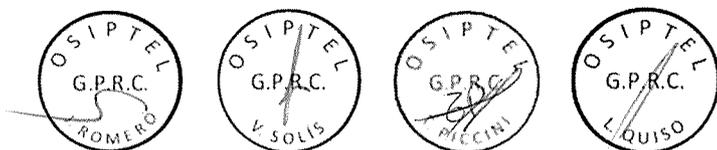
en el Anexo I del Reglamento. En ese orden de ideas, consideran que corresponde resaltar que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer. Por tanto, si AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, el OSIPTEL (y no un Tribunal Arbitral) debe intervenir a efectos de regular dicha condición.

Señalan que, no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto de la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado por AZTECA PERÚ. Precisamente, para ejercer su función normativa y modificar las condiciones económicas de un Contrato de Compartición a través de un mandato, el Consejo Directivo únicamente requiere aplicar lo dispuesto en la normativa vigente, esto es, la fórmula de la Metodología que determina el precio máximo (para lo cual no necesita haber revisado previamente un laudo). Es así que, consideran que el Consejo Directivo no necesita que un Tribunal Arbitral le indique cómo debe ejercer su competencia ni que determine cuáles son los valores de las variables de la Metodología (incluso distintos a los establecidos en el Reglamento).

En consecuencia, manifiestan que, es el Tribunal Arbitral quien debería abstenerse de conocer el caso en tanto que, para atender las pretensiones de LUZ DEL SUR, dicho tribunal requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor "Na". En efecto, siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública, bajo competencia directa y primaria del OSIPTEL, mal haría el Tribunal Arbitral en avocarse en esta materia.

Por tanto, consideran que no existe un avocamiento indebido por parte del Consejo Directivo ni una transgresión a lo estipulado en el artículo 139 de la Constitución y, en consecuencia, el OSIPTEL no se encuentra interfiriendo con la función jurisdiccional como lo alegó LUZ DEL SUR. Manifiestan que, no existe una ley o mandato judicial que ordena la inhibición de Consejo Directivo, ni tampoco se ha podido evidenciar que exista en este caso un conflicto con la función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 72 y 73 del TUO LPAG.

En atención a lo señalado, señalan que la emisión de un mandato en el presente caso por el Consejo Directivo no constituye un ejercicio ilegal de su competencia, por el contrario en observancia de sus atribuciones debe modificar la contraprestación pactada **que rige la relación de compartición de LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ, 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.**



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 130

## B. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL INICIADO POR LUZ DEL SUR.

AZTECAA PERÚ señala que LUZ DEL SUR presentó al Tribunal Arbitral pretensiones en el sentido de desconocer el precio máximo legal previsto para la compartición de infraestructura<sup>55</sup>. Esto quiere decir que **las pretensiones de LUZ DEL SUR están vinculadas a la determinación de la contraprestación, lo cual no constituye una materia que sea de libre disposición de las partes, que pueda negociarse y pactar en contra de lo que señala la normativa vigente.**

Advierte que incluso con la forma de defensa que ha ejercido en el presente procedimiento, LUZ DEL SUR pretende desconocer un cambio en la regulación que fija la Metodología que determina el precio máximo de la retribución por uso compartido de infraestructura. Indica que, la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo para que ajuste la retribución pactada inicialmente al tope legal (que no estuvo siendo aplicado por un error en la atribución del valor del denominador “Na”) es una forma que tienen las partes para cambiar la contraprestación ante una renegociación infructuosa.

Considera que, a través de un laudo, **un Tribunal Arbitral no puede desconocer las facultades del regulador ni limitar la competencia normativa-regulatoria del Consejo Directivo**, ordenando que no emita un mandato que modifique las condiciones económicas de una situación de compartición cuando corresponda. **Así como tampoco el Tribunal Arbitral podría ordenar el desconocimiento de un mandato que emita el Consejo Directivo**, atendiendo a que concluyó que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura sólo puede ser modificada cuando cambie el valor de las variables “m”, “l”; “h”, o “f” Precisamente, estas inconsistencias evidencian que pretensiones referidas directamente al cumplimiento del precio máximo legal por uso de infraestructura no pueden resolverse en un fuero arbitral porque es una materia regulada.

Es importante indicar que una de las pretensiones de LUZ DEL SUR en el arbitraje está referida a que se desconozca el real valor del factor “Na”. Esto, es evidente que no puede ser objeto de un Tribunal Arbitral, quien no podría ordenar que no se apliquen los valores correctos de la Metodología, en claro desconocimiento de la normativa vigente; así como tampoco puede ordenar que tengan validez valores distintos a los regulados para determinar el precio máximo por el uso compartido de infraestructura eléctrica. Esta determinación del precio máximo según la Metodología corresponde exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTTEL por mandato legal expreso. **El Tribunal Arbitral no podría desconocer esta competencia primaria del regulador como pretende equivocadamente LUZ DEL SUR.**

<sup>55</sup> Las pretensiones formuladas son las siguientes: (i) declarar que la contraprestación a cargo de AZTECA PERÚ sólo puede ser variada en los casos que el Viceministerio de Comunicaciones modifique los valores de las variables “m”, “l”; “h”, o “f”; y (ii) ordenar a AZTECA PERÚ que durante la vigencia del Contrato de Compartición se abstenga de desconocer el valor pactado por las partes para el denominador “Na”.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 53 de 130

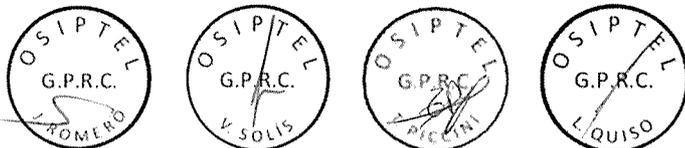
De otro lado, manifiesta que tampoco es cierto que LUZ DEL SUR se encuentre discutiendo la misma materia en el fuero arbitral que la que se encuentra analizando el OSIPTEL. Así, en el presente procedimiento AZTECA PERÚ está solicitando al Consejo Directivo que disponga la modificación de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas, lo cual no ha sido solicitado por LUZ DEL SUR (ni tampoco podría ser solicitado) ante el Tribunal Arbitral. De esta manera, **no es objeto del presente procedimiento que se realice una interpretación contractual o que se revise la aplicación de la normativa respecto al texto original del contrato**, pues ello escaparía a la función normativa-regulatoria de este órgano. Por ello, consideran que se debe desestimar lo alegado por LUZ DEL SUR respecto de que las materias controvertidas son las mismas.

Por el contrario, consideran que lo que LUZ DEL SUR ha dejado en clara evidencia es que pretende crear un conflicto entre el fuero arbitral y el fuero administrativo, enredando y complejizando la resolución de la solicitud de mandato, para demorar un pronunciamiento que modifique la contraprestación del Contrato de Compartición. Así, señalan que LUZ DEL SUR se esfuerza por dar la apariencia de que existe una controversia arbitrable y exige que el Consejo Directivo no se pronuncie sobre nuestra solicitud de mandato, lo cual como ha sido demostrado por AZTECA PERÚ es absolutamente falso, pues precisamente es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien tiene la competencia primaria y exclusiva para responder su solicitud y garantizar el respeto de los parámetros legales vinculados a la existencia de un precio máximo.

Finalmente, respecto a lo señalado por LUZ DEL SUR de que se está vulnerando al Principio Kompetenz -Kompetenz debido a que le corresponde únicamente al Tribunal Arbitral declarar si es competente para conocer la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, por lo que AZTECA PERÚ, el Consejo Directivo o un tercero distinto al propio tribunal no podría declarar la incompetencia del fuero arbitral. Respecto de este punto, indica que en ningún momento AZTECA PERÚ ha solicitado al Consejo Directivo que ordene al Tribunal Arbitral que declare su incompetencia para conocer su petición arbitral, ni tampoco el propio OSIPTEL lo ha realizado de oficio, por lo que de ninguna manera se ha interferido para que sea el propio tribunal quien declare si es competente o no para emitir un laudo sobre una materia en específico.

Al respecto, indica que ha sido en el propio arbitraje que AZTECA PERÚ, utilizando los medios procesales adecuados (pedido de bifurcación para que el análisis de competencia sea realizado por los árbitros de manera inicial en el arbitraje y no sea dejado para ser resuelto conjuntamente con el laudo), ha solicitado que el Tribunal Arbitral evalúe su competencia en atención a que la materia controvertida que le ha sido sometida para su resolución es de exclusividad del ente regulador.

Manifiesta que en todo caso, lo que AZTECA PERÚ claramente ha expuesto a lo largo del procedimiento es que el Consejo Directivo es quien debe modificar la contraprestación del Contrato de Compartición, a efectos de que se sujete al precio máximo legal, luego de que no han podido llegar a un acuerdo con LUZ DEL SUR



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 130

sobre este asunto. Y, de esa manera, resalta que el Consejo Directivo es el órgano competente para pronunciarse sobre esta materia regulada, que no es de libre disposición de las partes. Ello, no constituye una vulneración al Principio Kompetenz-Kompetenz, sino sólo evidencia quien es el verdadero órgano y fuero para modificar la contraprestación del Contrato de Compartición ante la inobservancia de una norma imperativa que establece un precio máximo.

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

AZTECA PERÚ señala que, no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición, como equivocadamente sostiene la contraparte. Indica que, corresponde recordarle a LUZ DEL SUR en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo del OSIPTTEL, 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 LUZ DEL SUR.

Manifiesta que como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la "Ley de Organismos Reguladores"), la función normativa "*comprende la facultad de **dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y **mandatos** u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios***" (énfasis y subrayado de AZTECA PERÚ). Indican que precisamente, la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como el OSIPTTEL es clara en establecer que **tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución**. Particularmente, la función normativa del OSIPTTEL<sup>56</sup> es ejercida por su Consejo Directivo<sup>57</sup> y, como ha sido

<sup>56</sup> Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

**Artículo 23.- Definición de Función Normativa**

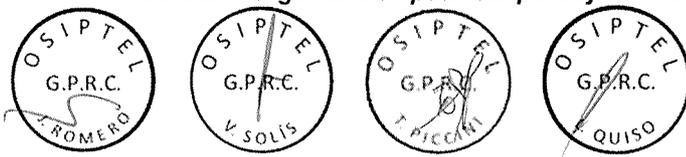
*La función normativa permite al OSIPTTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las 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>57</sup> Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

**Artículo 24 - Órganos Competentes para ejercer la función normativa**



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 55 de 130

señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

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

**LEY DE BANDA ANCHA “Artículo 32. Supervisión**

*El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30.”*

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

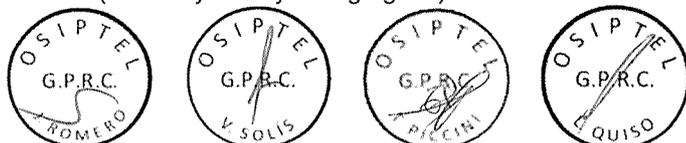
*13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso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

Por lo tanto, consideran 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, 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 LUZ DEL SUR. Por el contrario, señalan que 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.

Manifiesta que lo que pretende LUZ DEL SUR 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. En efecto, la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Así, LUZ DEL SUR se equivoca

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.

(Énfasis y subrayado agregado)



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 56 de 130

cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias del OSIPTEL y establece límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, pues estaría interpretando que prima el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

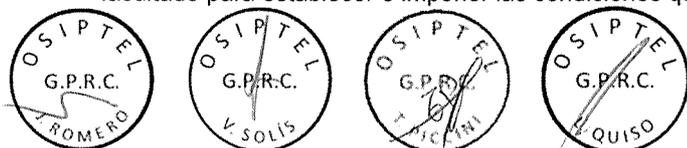
AZTECA PERÚ indica que el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha. Por ello, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente a dichas leyes y no entenderse como una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. Por tanto, la atención de su solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituyen un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y, menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución del OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

Adicionalmente, señala que el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las **condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura** y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes<sup>58</sup>. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, claramente el artículo 25.3 del Reglamento no limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato de Compartición, sino también cuando no exista un acuerdo sobre alguna condición que tenga repercusión en el uso compartido de la infraestructura, como es la contraprestación.

En consecuencia, AZTECA PERÚ manifiesta 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.

Asimismo, considera que, se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento

<sup>58</sup> Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en sus escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos el 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	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 57 de 130

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.

Así pues, 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, a diferencia de lo que argumenta LUZ DEL SUR, 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).

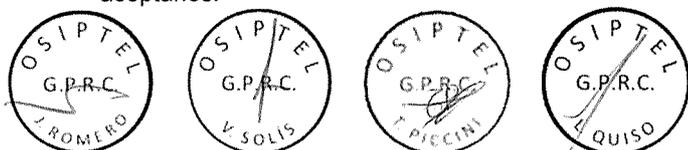
Señalan además que lo anteriormente desarrollado ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo<sup>59</sup>, como ha sido ampliamente explicado en sus anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA PERÚ sobre las competencias del OSIPTEL para la emisión de mandatos. Por el contrario, la facultad del Consejo Directivo para modificar condiciones económicas pactadas inicialmente ya ha sido reconocido, teniendo esos pronunciamientos absoluta validez por estar acordes con el marco normativo.

Manifiestan 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>60</sup>. Sin embargo, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

Señalan que el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no solo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder

<sup>59</sup> Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

<sup>60</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 58 de 130

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.

Considera que la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas. Además, señala que se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).

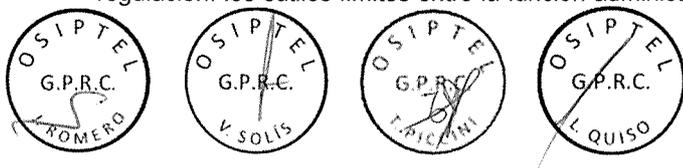
Precisa que en el presente caso lo que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura, pues la retribución mensual fijada en el Contrato de Compartición no respetaba el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, el desacuerdo de la renegociación obedece a que LUZ DEL SUR se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, exigir el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal. Esta situación les resulta insólita, pues LUZ DEL SUR, quien alega erróneamente y sin motivo una vulneración al principio de legalidad en este caso para la emisión del mandato, es quien vulnera la normativa vigente al exigir una contraprestación mucho mayor al máximo permitido.

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

#### D. SOBRE EL MERCADO REGULADO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA

AZTECA PERÚ indica que *“la regulación es la técnica de intervención del Estado en un sector económico, orientada a evitar distorsiones en los mercados y de manera específica a garantizar la libre competencia”*<sup>61</sup>. En esa línea, *“la finalidad misma de la*

<sup>61</sup>Gil Botero, Enrique. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 59 de 130

*regulación es la de corregir los errores del mercado, principalmente mediante la promoción de la libre competencia, en un determinado sector de la actividad económica, para garantizar la protección de los usuarios de los servicios públicos*<sup>62</sup>.

Asimismo, señala que la regulación de acceso de Banda Ancha se encuentra en el concepto antes descrito, pues el Estado busca resguardar cualquier distorsión que se pudiera generar por la compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, de modo que con los parámetros establecidos por la normativa se proteja este mercado de barreras económicas y se asegure el cuidado del interés público.

Indica que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen los parámetros en los que deben pactarse las condiciones de las relaciones de compartición entre el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica, como por ejemplo la existencia de un precio máximo como retribución por el alquiler de torres o la posibilidad de solicitar la emisión de un mandato ante la falta de acuerdo, significa que este mercado se encuentra normado y las partes tienen la obligación de respetar las normas imperativas vigentes sobre la materia. Así, el OSIPTEL es el organismo regulador<sup>63</sup> que ejerce competencia sobre el acceso y uso compartido de infraestructura. Considera que no hay duda que estamos frente a un mercado regulado y resulta insólito que LUZ DEL SUR ponga en cuestionamiento este aspecto.

Considera que la regulación sobre las relaciones de compartición del uso de infraestructura tiene fundamento en la necesidad de garantizar la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de manera eficiente, sin que se incurran altos costos para los agentes económicos y la sociedad. En este caso referido al despliegue de la Red Dorsal, significa que la normativa vigente busca que se aproveche la infraestructura existente que tiene capacidad para albergar los cables de fibra óptica para prestar el servicio de telecomunicaciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que las torres y postes existentes de las empresas eléctricas constituyen facilidades esenciales para hacer viable la prestación del

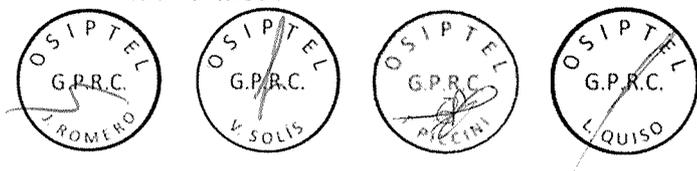
---

judicial", en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 10.

<sup>62</sup> Pimiento Echeverri, Julián Andrés, "La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 9, 2013, p. 23.

<sup>63</sup> Antonio Abruña Puyol. *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra. 2010, pp. 180-181.

"Los organismos reguladores aparecen configurados con "cierta autonomía relativa con respecto a una organización pública superior, corporativo o estrictamente institucional, de la que dependen y a la que sirven. Son manifestaciones del uso de la técnica de descentralización, pero encierran en sí un fenómeno complejo en el que, con una base común, personalidad jurídica y cierta autonomía, los fines, medios, dependencias y sujeción al Derecho Público pueden ser muy diversos. Son creadas para gestionar una actividad propia de la Administración Pública de la que dependen, de ahí que se les denomine instrumentales".



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 130

servicio, que no podría darse de otro modo o, de intentar brindarse con la instalación de mayores postes y torres generaría perjuicios en general para la sociedad (tomaría más tiempo el despliegue y sería más costoso ambientalmente). Es así que, se necesita de la infraestructura eléctrica existente para desarrollar eficientemente el proyecto de la Red Dorsal y, por ello, pese a que LUZ DEL SUR lo niegue, sus torres y postes constituyen facilidades esenciales.

Asimismo, indica que LUZ DEL SUR desconoce su posición de dominio, sin tomar en cuenta que para el despliegue de la Red Dorsal utilizando la infraestructura existente, AZTECA PERÚ está obligado a contratar el arrendamiento de las torres y postes con las empresas eléctricas (incluyendo a LUZ DEL SUR) que hayan instalado su infraestructura a lo largo del territorio nacional. En ese sentido, no existe un mercado competitivo para negociar con varias empresas el alquiler de sus infraestructuras en los puntos en los que se despliega la Red Dorsal, sino todo lo contrario pues tenemos que contratar únicamente con la empresa eléctrica cuya infraestructura se encuentre ubicada en los tramos del país donde es viable el despliegue de la Red Dorsal. Por ende, LUZ DEL SUR no puede negar que tiene una posición de dominio y que AZTECA PERÚ se vio forzado a contratar con ellos para la ejecución del proyecto.

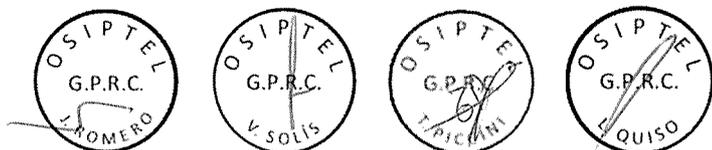
Advierte que erróneamente LUZ DEL SUR continúa desconociendo que la compartición de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones es un asunto regulado, en el que su infraestructura eléctrica constituye una facilidad esencial y tiene posición de dominio. Dicha situación no se encuentra desligada de la solicitud de mandato como lo alega LUZ DEL SUR, por el contrario, estos aspectos constituyen el sustento sobre el cual existe la necesidad de que el Consejo Directivo intervenga y modifique las condiciones económicas de la relación de compartición para que la retribución inicialmente pactada no constituya una barrera económica que impida u obstaculice el despliegue y operación de la Red Dorsal.

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ manifiesta que resulta evidente que corresponde desestimar lo alegado por LUZ DEL SUR en sus escritos, en tanto se ha podido evidenciar claramente que nos encontramos ante una situación regulada, en la que se encuentra en juego el uso de una facilidad esencial para el despliegue de un proyecto de interés nacional y, por tanto, es competencia y responsabilidad de Consejo Directivo emitir un mandato de compartición de infraestructura.

#### **4.2.5.4 COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Escrito recibido el 30.01.2018).**

##### **A. OSIPTEL CARECE DE FACULTADES PARA EMITIR EL PRESENTE MANDATO DE COMPARTICIÓN.**

LUZ DEL SUR reitera que el OSIPTEL se encuentra impedido de avocarse al conocimiento y resolución de la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA PERÚ, por cuanto ésta trata un asunto que ya ha sido sometido al



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 61 de 130

conocimiento exclusivo de un órgano jurisdiccional y, por lo tanto, solo puede ser dilucidado por éste, sin que el OSIPTEL u otra entidad administrativa pueda interferir.

Considera que es incorrecto afirmar 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, sino que además también podrían hacerlo “durante su vigencia”. Indica que se encuentran ante una grave inexactitud puesto que la Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la RDNFO, Ley N° 29904 (en adelante, “Ley RDNFO”), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 01-2013-MTC (en adelante, “Reglamento RDNFO”), habilitan al OSIPTEL ejercer dos tipos de funciones: (i) función normativa en virtud de la cual puede dictar mandatos de compartición a falta de un acuerdo entre el operador y el titular de la infraestructura para el acceso y uso de dicha infraestructura; y, (ii) función de supervisión, fiscalización y sanción, mediante la cual el OSIPTEL supervisa el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la Ley RDNFO y Reglamento RDNFO e impone sanciones en caso de verificar un incumplimiento.

Señala que el artículo 25° del Reglamento RDNFO es claro en señalar que el **OSIPTEL puede dictar un mandato de compartición cuando las partes no han llegado a un acuerdo para el acceso y uso de la infraestructura.** De esta manera, en los casos en los cuales no haya sido necesario solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato porque las partes lograron llegar a un acuerdo para la suscripción de un contrato de acceso y uso de la infraestructura, una vez suscrito, **el contrato se rige por los términos y condiciones expresamente estipulados en él, sin que exista posibilidad alguna de que el OSIPTEL intervenga posteriormente para modificar los términos de esa relación contractual a solicitud de una de las partes a través de un mandato de compartición.**

Manifiesta que tal como su propio nombre lo señala, el “Mandato de Compartición” requiere tener esa naturaleza de aplicarse a una situación previa y no posterior o durante la vigencia de un acuerdo entre partes. En esa línea, consideran incorrecto lo señalado por AZTECA PERÚ al indicar que como la legislación peruana no prohíbe renegociar los contratos, entonces el OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos. Nuevamente esta afirmación es falaz pues las competencias del OSIPTEL como entidad administrativa son estrictamente regladas, no contando con competencia para emitir un mandato de compartición.

Indica que queda claro que el único argumento de AZTECA PERÚ es el de un supuesto resguardo al “interés público” para habilitar y facultar al OSIPTEL. Consideran que dicha afirmación es incompleta, pues la habilitación previa - en virtud al principio de legalidad - debe estar establecida en una norma expresa e inequívoca que le permita al regulador emitir un mandato de compartición luego de que ésta (la compartición) ya se ha efectuado.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 130

**B. OSIPTEL DEBE INHIBIRSE DE CONOCER EL PRESENTE CASO AL EXISTIR YA UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN TRÁMITE.**

LUZ DEL SUR indica que siendo que el Proyecto de Mandato busca modificar el texto de la Cláusula Sexta del “*Contrato de Prestación de Servicios y Soporte de Cables de Telecomunicación en estructuras de alta, media y baja tensión*” (en adelante, el “*Contrato*”) suscrito entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR con el fin de variar el monto de la contraprestación establecida en su acápite 6.1; y, siendo que las pretensiones a dilucidarse en el Arbitraje versan **sobre la misma materia** (contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR), se encuentran **ante un supuesto en el que, por mandato constitucional el OSIPTEL se encuentra prohibido de avocarse al conocimiento y resolución del mandato de compartición.**

Indica que conforme lo señala el artículo 139° de la Constitución, la sola existencia del proceso arbitral promovido por LUZ DEL SUR determina la prohibición de que cualquier otra entidad, como el OSIPTEL, se avoque al conocimiento de la misma materia:

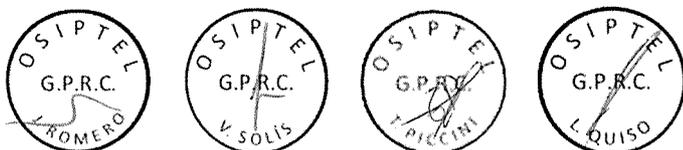
*“Artículo 139a.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*(...)*

*2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. **Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.** Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)*” (resaltado y subrayado de LUZ DEL SUR).

En esa línea, manifiesta que se debe prestar atención a lo expuesto por AZTECA PERÚ en el numeral 2.6 de su descargo, pues en dicho punto **reconoce que los aspectos en controversia dilucidados en el procedimiento arbitral son los mismos que el OSIPTEL está contemplando en su proyecto de mandato**, ya que ambos se refieren a la contraprestación, la aplicación de las variables, entre otros. Frente a ello, recuerda que por el principio constitucional de no interferencia previsto en el artículo 139° de la Constitución, es innegable que la Norma Fundamental ha privilegiado la resolución de una controversia en el fuero jurisdiccional frente al fuero administrativo y, por lo tanto, la autoridad que resuelva en este último, debe necesariamente abstenerse de conocer el referido caso. En otras palabras, **mientras el Tribunal Arbitral no haya declarado su falta de competencia sobre la materia sometida a su conocimiento, ninguna autoridad puede avocarse al conocimiento de los asuntos que han sido planteados ante dicha sede**; de lo contrario, incurriría en un supuesto de avocamiento indebido, el cual, como han señalado, tiene graves consecuencias de índole administrativa y funcional, entre otras responsabilidades.

Manifiesta que el avocamiento que viene realizando el OSIPTEL mediante el Proyecto de Mandato no solo constituye una grave vulneración de lo previsto en la Constitución,



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 63 de 130

sino que supone un abierto desconocimiento de la obligatoriedad del Principio *Kompetenz - Kompetenz*, recogido en la ley y en virtud del cual corresponde exclusivamente al Tribunal Arbitral declarar si es competente para conocer la controversia que ha sido sometida a su conocimiento.

#### 4.2.6 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO A 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° 00222-GPRC/2017 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 LUZ DEL SUR, en torno a las condiciones económicas a ser aplicadas para la contraprestación periódica. En ese sentido, no se considera necesario realizar mayor análisis sobre dichos comentarios.

Asimismo, respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de la posición manifestada por LUZ DEL SUR 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 Respeto de los comentarios de LUZ DEL SUR:

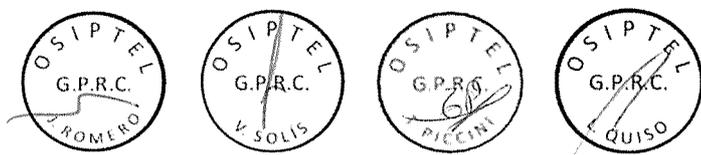
###### - **Sobre el arbitraje iniciado por LUZ DEL SUR:**

LUZ DEL SUR sostiene que el OSIPTEL se encuentra impedido de avocarse al conocimiento y resolución de la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA PERÚ, por cuanto ésta trata un asunto que ya ha sido sometido al conocimiento exclusivo de un órgano jurisdiccional y, por lo tanto, solo puede ser dilucidado por éste, sin que el OSIPTEL u otra entidad administrativa pueda interferir.

Respecto de lo señalado por LUZ DEL SUR, se reitera lo indicado en el Informe N° 00222-GPRC/2017 respecto de que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley y a solicitud de parte), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL. Se reitera además que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO LPAG<sup>64</sup>.

<sup>64</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."



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 64 de 130

De otro lado, LUZ DEL SUR señala que la disposición prevista en el artículo 139 (numeral 2) de la Constitución según la cual *“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”* prohíbe que el OSIPTEL se avoque al conocimiento de la solicitud de mandato del presente procedimiento. Al respecto, se debe señalar lo siguiente:

- (i) La función que el OSIPTEL ejerce a través de su Consejo Directivo en el presente procedimiento, es una función normativa conferida por las leyes N° 27332 y N° 29904, en una intervención regulatoria subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes para celebrar un contrato modificatorio del Contrato y a solicitud de una de las partes, siendo la finalidad de dicha intervención velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional<sup>65</sup>.

La referida función normativa del OSIPTEL es ejercida en virtud de las facultades que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- para dirigir los servicios públicos<sup>66</sup> y ejercer las funciones encomendadas a través de ley orgánica, con la finalidad de ejercer, en su condición de Organismo Regulador, la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.<sup>67</sup>

- (ii) Existiendo el referido marco constitucional y legal, el OSIPTEL debe evaluar con suma cautela cualquier solicitud para que no ejerza su función normativa y no emita un mandato en un caso concreto que corresponde a una materia regulada bajo el marco de la Ley N° 29904 (v.g. compartición de infraestructura eléctrica para redes de Banda Ancha<sup>68</sup>), de la que también resulta manifiesto que el Congreso de la República ha encomendado al OSIPTEL –y no a ningún otro órgano- velar por su cumplimiento y dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar dicho cumplimiento<sup>69</sup>.

En ese sentido, se reitera lo indicado en el Informe N° 00222-GPRC/2017 respecto a que para el OSIPTEL, resulta claro que en el presente procedimiento se ejerce una función normativa propia del Poder Ejecutivo y que dentro de este Poder le corresponde ejercer dicha función normativa al OSIPTEL, por la cual de manera específica se determinarán las condiciones (v.g. el precio máximo) en las

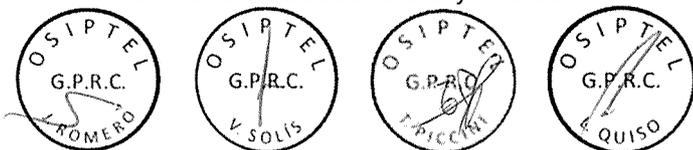
<sup>65</sup> Cfr. con los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 29904.

<sup>66</sup> Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.

<sup>67</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>68</sup> Cfr. con los artículos 3(ii) y 13 de la Ley N° 29904.

<sup>69</sup> Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 65 de 130
	INFORME	

que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. LUZ DEL SUR), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

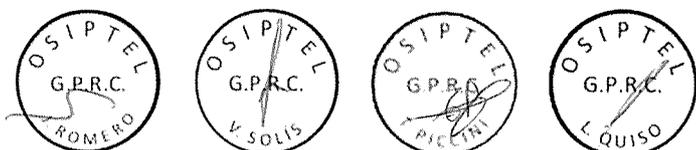
- (iii) El marco jurídico antes mencionado ratifica que la materia que es objeto del presente procedimiento se encuentra sujeta a regulación, y no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional de manera previa a la emisión del pronunciamiento solicitado al OSIPTEL por AZTECA PERÚ. Por consiguiente, no resulta necesario en este caso solicitar al Tribunal Arbitral de la controversia iniciada por LUZ DEL SUR comunicación sobre las actuaciones realizadas en su fuero, por cuanto conforme al artículo 73, numeral 73.1, del TUO LPAG, dicha solicitud se cursa cuando exista un litigio de derecho privado entre dos administrados que *“precise ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo”*.
- (iv) Respecto del principio *Kompetenz-Kompetenz* –mencionado por LUZ DEL SUR-, se debe señalar que ni en el Informe N° 00222-GPRC/2017 ni en el presente informe se emite opinión alguna sobre la actividad que realizará el tribunal arbitral de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento por LUZ DEL SUR.

En modo distinto, en el Informe N° 00222-GPRC/2017 y en el presente, se sustentan los fundamentos legales de la actuación que debe desarrollar el OSIPTEL en el presente procedimiento, como resultado de haber recibido la solicitud de un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) respecto de una materia que el marco legal en vigor determina que es competencia exclusiva de este Organismo Regulador, como es el caso de la modificación de las condiciones económicas de una relación de compartición de infraestructura eléctrica para redes de Banda Ancha sujeta a la regulación de la Ley N° 29904.

- (v) El artículo 72.2 del TUO LPAG<sup>70</sup> –indicado en el Informe N° 00222-GPRC/2017 y que no ha merecido comentarios por parte de LUZ DEL SUR-, que establece que *“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”*, es entendido como una regla de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de las funciones con las que cuentan las entidades de la administración pública, como es el caso del OSIPTEL. Esta disposición con rango de ley se encuentra vigente y debe ser aplicada de manera coherente con el artículo 139 (numeral 2) de la Constitución y el principio *Kompetenz-Kompetenz* antes indicados.

<sup>70</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° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 130

Por consiguiente, y según se indicó también en el Informe N° 00222-GPRC/2017, si en ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad respectiva considera que es conforme a Derecho dictar una orden para que el OSIPTEL no ejerza su atribución legal en el presente procedimiento, corresponderá acatar dicha orden en tanto ésta surta efectos, conforme lo establece el precitado artículo 72, numeral 72.2, del TUO LPAG.

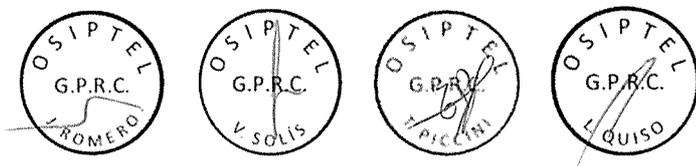
De otro lado, respecto al anuncio efectuado por LUZ DEL SUR respecto a que si el OSIPTEL no se inhibe en este procedimiento se verá en la obligación de iniciar las acciones legales que resulten necesarias contra la actuación del OSIPTEL por un avocamiento indebido y un ejercicio ilegal de sus funciones, sin perjuicio de dar cuenta de esta situación a los órganos de control institucional correspondientes; se debe enfatizar que la actuación del OSIPTEL en el presente procedimiento se sustenta en el marco normativo que se expone en el presente Informe, en concordancia con lo indicado en el Informe N° 00222-GPRC/2017.

En caso LUZ DEL SUR no comparta la fundamentación del OSIPTEL por la cual se descarta que en el presente procedimiento se esté produciendo un avocamiento indebido y un ejercicio ilegal de funciones; se debe recordar que la actuación de las entidades, funcionarios y servidores de la administración pública se encuentra sujeta a control, pudiendo LUZ DEL SUR emplear los mecanismos que conforme a Derecho considere aplicables.

- ***Sobre la supuesta falta de competencias del OSIPTEL para modificar una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 creada mediante un contrato.***

De otro lado, LUZ DEL SUR sostiene que el OSIPTEL carece de competencia para modificar contratos de compartición a través de mandatos. Indica que el ordenamiento jurídico que regula el despliegue de la RDNFO no le atribuye tal competencia, siendo que las funciones del OSIPTEL son estrictamente regladas y no resulta posible interpretar extensivamente el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 para concluir que éste le confiere al OSIPTEL la facultad de modificar contratos de acceso y uso de infraestructura libremente pactados entre dos partes.

Al respecto, se enfatiza 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. Conforme a los artículos 13 y 32 de 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.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 67 de 130

En ese sentido, la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 en el presente procedimiento es estricta respecto de su texto, por cuanto en éste 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.

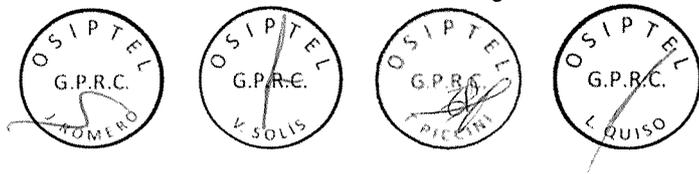
Se reitera lo sustentado en el Informe N° 00222-GPRC/2017 respecto a que “contrato” es un concepto que tiene una definición legal y significa exactamente lo que la ley define<sup>71</sup>, esto es, el “*acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*” En el caso materia de análisis no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales, como incorrectamente lo hace LUZ DEL SUR. 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.

Se debe recordar que, en el presente caso, la intervención del OSIPTEL se produce luego de un proceso de negociación iniciado el 18 de agosto del 2017 en el que AZTECA PERÚ requirió a LUZ DEL SUR la adecuación de la contraprestación periódica pactada en el Contrato al precio máximo regulado previsto en la Ley N° 29904 y normas de desarrollo. El referido requerimiento, de haber sido acogido por LUZ DEL SUR luego de las negociaciones respectivas, implicaba para las partes la celebración de un contrato de acceso y uso de infraestructura que hubiese tenido por objeto la modificación del Contrato en los aspectos correspondientes de las condiciones económicas. En dicho escenario (existencia de acuerdo entre partes respecto de la modificación de su relación de compartición), la intervención del OSIPTEL respecto de la relación entre LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ hubiera quedado circunscrita al ejercicio de sus funciones supervisora y, de ser el caso, fiscalizadora y sancionadora.

Sin embargo, ante la falta de acuerdo entre las partes luego del plazo de treinta (30) días hábiles para celebrar un contrato que modifique las condiciones económicas de la relación de compartición, AZTECA PERÚ se encontraba habilitada para requerir al OSIPTEL que intervenga en la vía de mandato, ejerciendo subsidiariamente una función normativa conforme a las leyes que regulan su actuación.

<sup>71</sup> Cfr. con el artículo 1351 del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 130

En ese sentido, es incorrecto e inconsistente con la necesidad pública e interés nacional declarados por la Ley N° 29904, señalar –como lo hace LUZ DEL SUR- que el OSIPTEL únicamente tendría competencia para dictar mandatos cuando las partes no se pongan de acuerdo en la creación de una relación de compartición, mas no cuando el objeto del contrato sea modificar, regular o extinguir dicha relación. Esa lectura no tiene cabida en la literalidad ni finalidad de la Ley N° 29904 ni su Reglamento, cuando, según lo señalado en párrafos precedente, la propia ley establece regulación específica sobre la compartición de infraestructura eléctrica y determina aspectos deben ser definidos en su Reglamento, encargando la propia ley al OSIPTEL<sup>72</sup> la función de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento de la referida compartición.

Finalmente, se debe señalar que la identificación de existencia de fallas en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones en general y de Banda Ancha en particular, ha sido efectuada por el Congreso de la República y, precisamente, como solución a dichas fallas es que a través de leyes especiales (v.g. Ley N° 28295 y N° 29904) ha dispuesto regular dicho mercado y restringir las libertades de contratar y de estipulación de los titulares de la referida infraestructura, en favor de los usuarios y potenciales usuarios de dicha infraestructura mediante normas con rango de ley.

Cabe indicar que la razonabilidad y proporcionalidad de las referidas decisiones legislativas 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 en el mercado. 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 provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.

### 4.3 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.

#### 4.3.1 Posición de AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295<sup>73</sup>, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los

<sup>72</sup> Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

<sup>73</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° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 130

servicios de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal, se sujeta –entre otras– a la siguiente condición:

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

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que la referida disposición legal fue desarrollada por el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:

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

***30.2 (...) las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.***

(...)

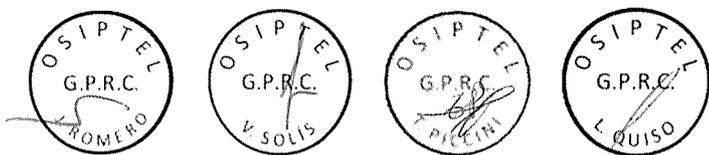
***30.4 La metodología para las contraprestaciones referidas en el presente artículo se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo (...).***

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que la Ley de Banda Ancha y el Reglamento consideran como contraprestaciones a ser percibidas por el titular de las infraestructuras compartidas las siguientes:

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por 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



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 70 de 130

tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

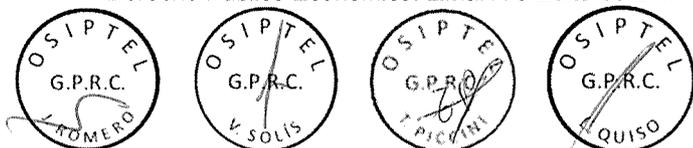
En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "*poder o peso significativo en el mercado*" se les pueda imponer, entre otras, "*medidas de control de precios, con posible orientación a costes de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios*".<sup>74</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 LUZ DEL SUR (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>74</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	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 71 de 130

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.

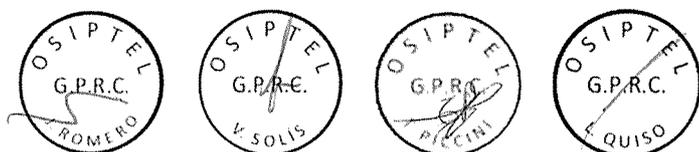
Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen 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>75</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 renunciante, 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>75</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 130

Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que LUZ DEL SUR 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.

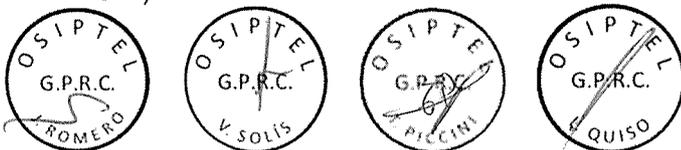
AZTECA PERÚ indica que cuando LUZ DEL SUR exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Compartición y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica<sup>76</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 LUZ DEL SUR es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición<sup>77</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), LUZ DEL SUR emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.

<sup>76</sup> La infraestructura de LUZ DEL SUR resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de LUZ DEL SUR, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponernos 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 LUZ DEL SUR, 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>77</sup> LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 73 de 130
	INFORME	

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

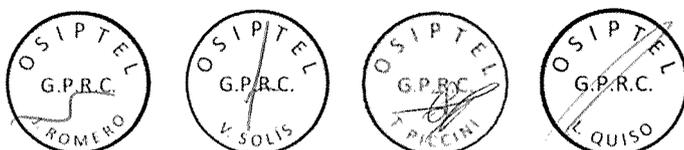
Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente 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 solicitó a LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.

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

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

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios" de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de "arrendatarios potenciales" o "arrendatarios efectivos", en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 130

AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos<sup>78</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>79</sup>, señalado anteriormente, respecto de que **en**

<sup>78</sup> Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de 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>79</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.

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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 75 de 130
	INFORME	

***ningún caso el arrendatario deberá pagar por todo el espacio disponible, lo cual obedece a principios económicos de eficiencia.***  
(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

De ese modo, indica que la propia definición del denominador "Na" ha sido desarrollada por el OSIPTEL señalando que es "equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad"<sup>60</sup>.

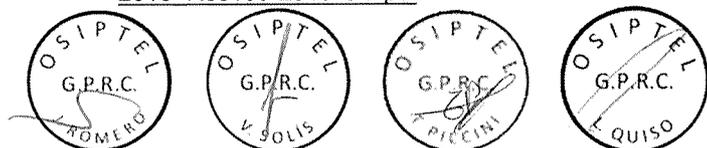
Por tanto, para AZTECA PERÚ resulta claro que por "número de arrendatarios" debe entenderse al número máximo de arrendatarios a los que es posible dar acceso a la infraestructura eléctrica. No obstante, señala que LUZ DEL SUR no ha tenido en cuenta dicho criterio para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que (según sus cálculos referenciales) siempre ha considerado que el Na es igual a uno (1); es decir, LUZ DEL SUR considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del "Na" que LUZ DEL SUR debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es ése el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

---

*razonablemente competitivos.*" (énfasis y subrayado agregados) [Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC]

<sup>60</sup> Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD Inf053-GPRC-2017.pdf>; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD Inf150-GPRC-2017.pdf>; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD Inf029-GPRC-2017.pdf>; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: [https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223\\_GPRC-2016\\_Resolucion070-2016\\_CD.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf); página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: [https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015\\_Res105-2015-CD.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf)



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 76 de 130

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio<sup>81</sup> y de peso<sup>82</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 mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3).

*"Debe de hacerse notar que **en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios**"<sup>83</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>84</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>85</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 LUZ DEL SUR) 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>86</sup>.

<sup>81</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

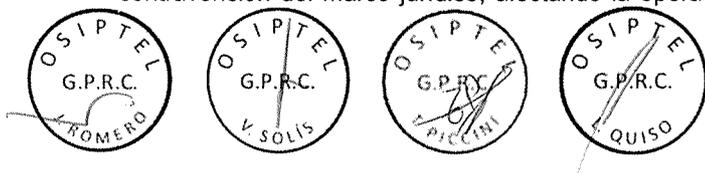
<sup>82</sup> El **criterio por peso** "determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.

<sup>83</sup> Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> Ver Nota al Pie No. 20.

<sup>86</sup> AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología LUZ DEL SUR es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 **queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal**, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA PERÚ costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, LUZ DEL SUR ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 130

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 LUZ DEL SUR 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:

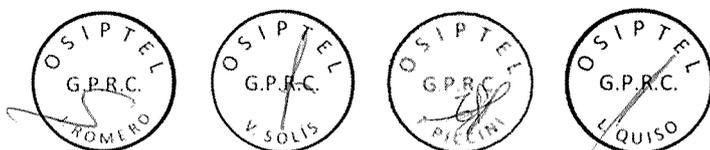
*"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) **Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos**, salvo que por las razones que se expliciten, 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>87</sup> (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

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 LUZ DEL SUR 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>87</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 130

*"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>88</sup>*  
(el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ).

AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y con ello cuál es el valor de "Na" que LUZ DEL SUR 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 Compartición:**

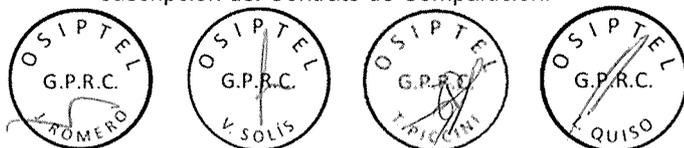
AZTECA PERÚ indica que corresponde precisar que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a los factores "f" y "m" y a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas<sup>89</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.

AZTECA PERÚ menciona que, en efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Compartición, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que

<sup>88</sup> Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.

<sup>89</sup> Indica que no se encuentran 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 LUZ DEL SUR observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 79 de 130

definiere en su aplicación el OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos del OSIPTEL implican un recalcu automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR.

Concluye AZTECA PERÚ que en atención a lo señalado, solicita que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuáles son los valores que LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

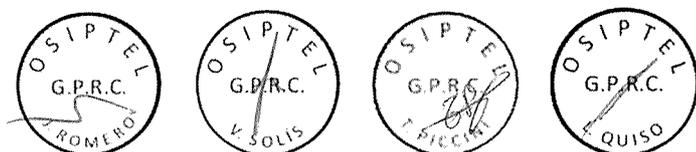
#### 4.3.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 30.11.2017):

##### 4.3.2.1 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 LUZ DEL SUR.

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.

Indican 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 propuesta de texto de Reglamento. Indican que en la página 22 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. Señalan que si bien reconocen que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, para efectos de la regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), incluso para los postes de baja tensión. Hace referencia al siguiente texto del Informe:



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 130

*“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 tres (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 sólo 1 o 2 cables de fibra óptica, entre otras variantes 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.”*

Manifiestan que la referida interrelación es explicada claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”), como se observa a continuación:

*“El Informe que sustenta dicho dispositivo (Informe No 292-2017-MTC/26, el “Informe No. 292”) no deja lugar a dudas que existe una relación directa entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios de apoyos) y Na (número de apoyos o arrendatarios): la medición de la variable f consideró que el número de apoyos es igual a 3, es decir Na (número de arrendatarios=3).*

*Esta interdependencia entre la variable f y el Na obedece a la racionalidad económica prevista en la Ley No. 29904 y su reglamento, que busca incrementar la penetración de Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.*

*En ese sentido, el valor de f= 18.3% de la RVM de 2017 debe, necesariamente y tal como lo señala dicho Informe, entenderse que equivale al costo adicional que 3 apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica y, por tanto, **la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a la 1/3 parte de ese resultado; es decir a  $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$ .***

*El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC. el “Reglamento”), se consideró que el valor de f correspondía a un*



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 81 de 130

acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y Na también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de f=4.3% considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.)”<sup>90</sup> (énfasis y subrayado agregados).

Indica que como explicaron en su Escrito No. 1, la lógica económica detrás de la interrelación directa de los factores “f” y “Na” y, por lo mismo, que la única alternativa razonable para la determinación de los precios máximos de compartición sea asignarle un valor de tres (3) a esta última en el caso de infraestructuras de media y alta tensión se encontraba explicada por el propio MTC en el Informe No. 292-2017-MTC/26. El economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

*“El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y Na (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la Fórmula y de la metodología aplicada por el Estado peruano a través de ella, era determinar cuál es el costo incremental que le ocasiona a una torre o poste eléctrico el apoyar un cable de fibra óptica de un operador de telecomunicaciones. El criterio finalmente usado por el MTC fue asumir que el costo incremental está en función directa del peso incremental que dicha fibra óptica causa en la instalación eléctrica.*

*En concordancia con la sección 2.4 del referido Informe, el MTC afirma que, en la Fórmula del Reglamento (publicado y vigente desde el 2013), el criterio de peso o espacio a través del cual se mide f consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a 3, es decir  $N_a = 3$ . Así, el valor  $f=20\%$  acumula el peso de 3 cables (arrendatarios) de fibra óptica en un determinado poste o torre, y por lo tanto la remuneración a pasar por cada apoyo era igual a  $f/N_a = 20\%/3$  o  $6.67\%$ ,*

*Similarmente, la sección 2.5 del Informe, que sustenta la RVM No. 768-2017-MTC/03, también considera que el número de arrendatarios de apoyos es igual a 3. Más específicamente el MTC estima la siguiente relación f (p. 12):*

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

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

*Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es  $18.3\%$ , y por tanto la remuneración por el*

<sup>90</sup> Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 130

*acceso y uso de cada apoyo es igual a  $f/Na = 18.3\%/3=6.1\%$ .<sup>91</sup> (Énfasis y subrayado agregados)*

AZTECA PERÚ señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017<sup>92</sup>, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3) para los postes de media y alta tensión.

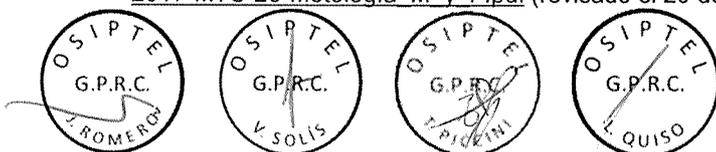
Manifiesta que no obstante lo claro que resulta que el factor “Na” es igual a tres (3), pues se encuentran en función al valor señalado para la variable “f” (peso correspondiente a tres cables de fibra óptica), lo que ha sucedido es que se ha aplicado incorrectamente la Metodología. Ello, puesto que se consideró un costo incremental que correspondía al peso de tres (3) cables de fibra óptica (valor de “f”), pero únicamente con la existencia de un cable (“Na” = 1), como lo reconoce LUZ DEL SUR en su escrito, lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, asumieran un costo tres (3) veces mayor al que les correspondía.

*“La interpretación práctica de la Fórmula tarifaria del Reglamento ha sido incorrectamente entendida en las negociaciones bilaterales entre operadores de telecomunicaciones y empresas eléctricas, debido a que el valor del parámetro f había sido interpretado por las partes como que correspondía al alquiler de 1 sólo apoyo, cuando en realidad la regulación considera el costo adicional de 3 apoyos para cables de fibra óptica. En otras palabras, para la remuneración de 1 apoyo se utilizó valores correspondientes a la cuarta columna del cuadro, en lugar de los valores establecidos en la quinta columna.*

*De allí que las remuneraciones efectivamente pagadas por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) a las eléctricas privadas están muy por encima de las que resultarían si se utilizara la Fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como ha sido señalado con claridad al sustentar las modificaciones plasmadas ahora en la RVM No. 768 de agosto de 2017.*

<sup>91</sup> Ver Informe económico, p. 7.

<sup>92</sup> [https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/documentos/Informe\\_292-2017-MTC-26-Metología\\_M\\_y\\_F.pdf](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metología_M_y_F.pdf) (revisado el 20 de noviembre de 2017)



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 83 de 130
	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 había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes (= \$152.0/3).<sup>93</sup>*

AZTECA PERÚ manifiesta que, la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

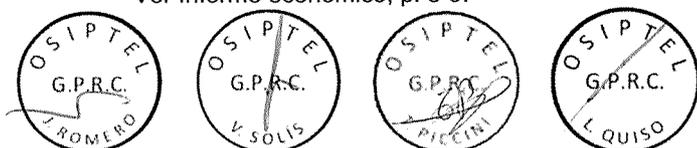
Indica que dicha situación debe ser revertida, siendo el caso que AZTECA PERÚ solicitó, sin éxito, la modificación de la contraprestación señalada en el Contrato de Compartición; motivo por el cual solicita la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL para que, mediante la emisión de un mandato, determine correctamente la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar a favor de LUZ DEL SUR por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, atendiendo al marco normativo vigente y los principios legales y económicos que rigen tal relación de compartición.

Señala que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas). Dicha fórmula siempre debe proteger la eficiencia económica por la compartición de la infraestructura y resguardar que el operador de telecomunicaciones únicamente pague un monto por el espacio que, al diseñar y plantear la Metodología, se estimó que ocuparía la infraestructura compartida.

En dicho escenario, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL (a través de la emisión de un mandato) debe resguardar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y el cumplimiento de las normas aplicables, garantizando que las condiciones económicas por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica y, con ello, los operadores de telecomunicaciones únicamente paguen por el espacio que ocupan sus cables de fibra óptica.

Señala también que se debe tener en cuenta que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste

<sup>93</sup> Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 130

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>94</sup>*

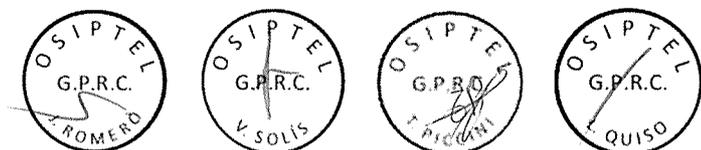
Asimismo AZTECA PERÚ indica que incluso, el Informe económico corrobora que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica cobrada a AZTECA PERÚ se encuentra muy por encima de las tarifas fijadas en otros países de la región, lo cual demuestra un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas, que se encuentran estableciendo una barrera económica al acceso y uso de una facilidad esencial, como es su infraestructura eléctrica, para el despliegue de la Red Dorsal.

*“Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile<sup>95</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*

<sup>94</sup> Ver Informe económico, p. 4 y 13.

<sup>95</sup> Ver Informe económico, p. 4.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 85 de 130
	INFORME	

*excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.*<sup>96</sup>

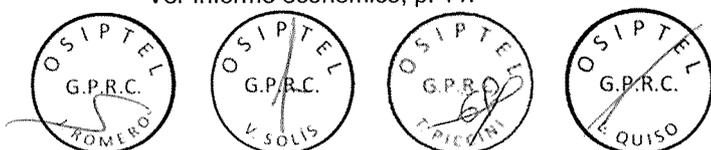
AZTECA PERÚ manifiesta que ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor “Na” es igual a tres (3), dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizarla eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones cancele un monto mayor al que le corresponde por el espacio ocupado en las torres o postes de las concesionarias eléctricas.

En consecuencia, indican que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con LUZ DEL SUR, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor “Na” es igual a tres (3).

Finalmente, señalan que el Consejo Directivo debe reconocer que existe una diferencia respecto a aquellos casos de compartición de infraestructura eléctrica a favor de empresas de telecomunicaciones bajo el régimen general de la Ley N° 28295 en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°. 29904: bajo dicho régimen no existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos igual ni similar a la contenida en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. Es decir, en aquellos casos los regulados por la Ley N° 28295 y su reglamento, las empresas tienen plena libertad de negociación en lo que respecta a la contraprestación, por lo mismo, el que se aplique correctamente o no la Metodología es irrelevante, pues lo que importa al final bajo dicho régimen es que ambas empresas estén de acuerdo en pagar el monto resultante. Del mismo modo, si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen OSIPTEL aplicó o no la información y criterios correctos que correspondían en la Metodología, no afectaba el interés público, porque dicho ordenamiento no prevé una regla de precios tope. Situación distinta se presenta en este caso, donde el Consejo Directivo debe resguardar el interés nacional y la necesidad pública que se ha reconocido en que el operador de la Red Dorsal no pague más de lo que el Reglamento ha establecido como “precio máximo” por el uso de la infraestructura eléctrica.

En ese sentido, solicitan que en este procedimiento el Consejo Directivo revise los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica de media y alta tensión bajo la Ley N°. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor “Na”, en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de “precio máximo”, sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.

<sup>96</sup> Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 86 de 130

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

AZTECA PERÚ manifiesta que entienden que según lo indicado por LUZ DEL SUR en su Escrito está plenamente de acuerdo en que el Consejo Directivo tenga en consideración los valores de las variables “f” y “m” dispuestos por la Resolución Vice Ministerial al momento de modificar la Cláusula sexta del contrato de compartición, lo cual se encuentra en línea con lo que en su oportunidad les comunicó LUZ DEL SUR antes de solicitar la intervención del regulador, por tanto por razones de eficiencia, y en tanto ambas partes están de acuerdo, dado que 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.

#### 4.3.2.3 Informe denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 20 de noviembre de 2017.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe en el cual destaca la relación directa existente entre los valores de las variables “f” y “Na” expuesta en el Informe que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03 cuya interdependencia, basada en el hecho de que la medición de la variable f ha considerado un número de apoyos igual a tres, también se evidencia en el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03. En base a ello, se argumenta que el valor de la variable f igual a 18.3% debe entenderse como equivalente al costo adicional que tres apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica, de tal modo que la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a 6.1%, cifra que representa la tercera parte de dicho valor.

En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable.

Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 87 de 130

### 4.3.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

#### a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual)

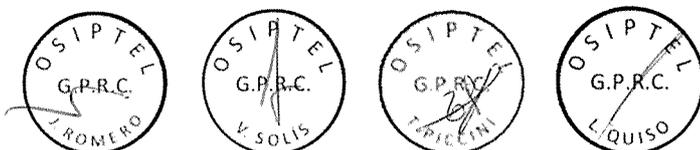
El Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de la contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación 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 sobrecosto del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

Es decir, si en un momento determinado dos arrendatarios accedieran a un mismo poste o torre, generarían en conjunto un costo incremental de 12,2% del costo de operación y mantenimiento habitual, y si fueran tres arrendatarios generarían, en conjunto, como costo incremental, un 18,3% del costo de operación y mantenimiento habitual; y así sucesivamente, hasta completar la cantidad máxima de arrendatarios que pueda soportar una determinada infraestructura de soporte eléctrico.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre LUZ DEL SUR y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), en algunos casos, aun considerando el costo incremental total por el acceso de



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 88 de 130
	INFORME	

tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

Nº	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LAS BASES DE DATOS "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Monto pagado por 03 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Monto pagado por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	EA220SIU1S1-600-A2	137,67	104,03
2	TA060SIR0D1C1240R+3	61,77	52,08
3	EMRE1P75C2	7,69	10,02
4	EMSS2P70C4	21,54	10,02
5	EMSU1P60C3	5,47	1,90
6	EMSU1P95C4	9,78	10,02
7	PPC05	0,29	0,34
8	PPC08	0,34	0,34
9	PPC10	0,41	0,34
10	PPC11	0,44	0,34
11	PPC11	0,82	1,90
12	PPC12	0,54	0,34
13	PPC15	0,49	0,34
14	PPC15	0,92	1,90
15	PPC16	1,12	1,90
16	PPC17	0,66	0,34
17	PPC17	1,22	1,90
18	PPC18	0,55	0,34
19	PPC18	1,02	1,90
20	PPC19	0,67	0,34
21	PPC19	1,25	1,90
22	PPC20	1,46	1,90
23	PPC22	1,23	1,90
24	PPC23	0,82	0,34
25	PPC23	1,52	1,90
26	PPC24	1,02	0,34
27	PPC24	1,90	1,90
28	PPC26	1,44	1,90
29	PPC28	1,30	0,34
30	PPC28	2,42	1,90
31	PPC38	0,34	0,34
32	PPC40	0,44	0,34



33	PPC41	0,56	0,34
34	PPC42	0,61	0,34
35	PPC43	0,55	0,34
36	PPC43	1,02	1,90
37	PPC44	0,78	0,34
38	PPC45	0,66	0,34
39	PPC46	1,02	0,34
40	PPF02	0,81	0,34
41	PPF04	2,77	1,90
42	PPM21	0,71	1,90
43	PPM22	0,57	1,90
44	PPM25	0,40	0,34
45	PPM25	0,75	1,90
46	PPM29	0,86	1,90

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 algunos 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 determina aplicando la siguiente fórmula:

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

*Donde:*

*Imp:* Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

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

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

$$B = 1 / Na$$

*Donde Na:* número de arrendatarios

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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 130

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.

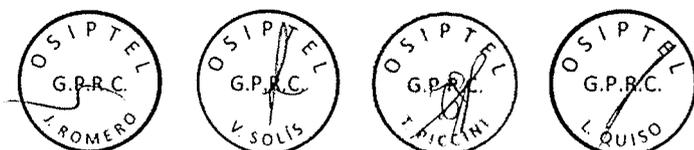
(Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).

*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	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 91 de 130

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

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>f = 20% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>f = 20% (para baja tensión)</i>
	<i>f = 18,3% (para media y alta tensión)</i>

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
<i>m = 77% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>m = 77% (para baja tensión)</i>
	<i>m = 84,3% (para media y alta tensión)</i>

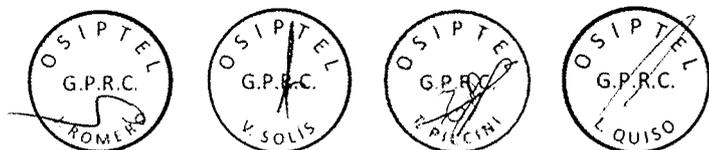
**Valor que corresponde considerar como “Na” (número de arrendatarios).**

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° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 92 de 130

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

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

De los resultados obtenidos tenemos que el valor de "f" según el criterio de pesos es de 18,3% y según el criterio de espacios (metodologías del 2013) es de 17%.

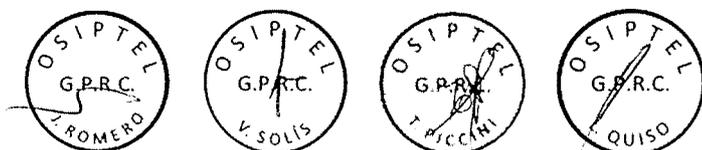
A fin de determinar la variable "f", esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18,3%, válido para Media y Alta tensión." (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26<sup>97</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:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (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)

<sup>97</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° 00055-GPRC/2018 Página: 93 de 130
	INFORME	

Resultado del ratio entre el valor de **132,5 Kg/Km** (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de **2.279,98 Kg/Km** (peso promedio por línea de transmisión)

Resultado de multiplicar por **3**, el ratio entre el valor de **139,23 Kg/Km** (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de **2.279,98 Kg/Km** (peso promedio por línea de transmisión)

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (03). En este punto es necesario señalar que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.

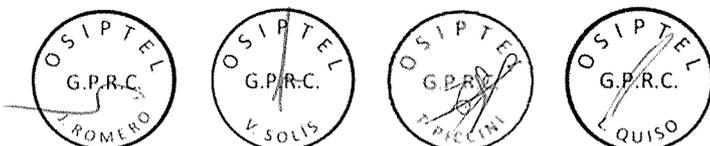
**Criterio de eficiencia en la determinación de un "Na" = 3**

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

A modo de ejemplo, si un poste o torre puede albergar hasta dos (02) operadores, la aplicación de un "Na" = 02 deriva en que la Renta Mensual calculada esté sobredimensionada (pues el costo incremental total está dimensionado para 03 cables de comunicación). En ese escenario, el arrendatario pagará más respecto de lo que debió haber pagado. Sin embargo, si aplicamos un "Na" = 03, obtenemos un valor de contraprestación mensual atribuible a un (01) cable de comunicación.

De otro lado, con fines ilustrativos, se muestra como la aplicación de un valor del número de arrendatarios "Na" = 03, determina un valor de contraprestación mensual consistente con el costo incremental generado por el acceso de un (01) arrendatario en un poste que como máximo permite instalar dos (02) cables de fibra óptica. Adicionalmente, en este caso asumimos que el costo de operación y mantenimiento adicional originado por cada operador de telecomunicaciones es de US\$ 5 dólares por arrendatario que instala un cable de fibra óptica. En ese sentido, el costo de operación y mantenimiento adicional total es de US\$ 10 dólares por el acceso de dos arrendatarios.

En este caso, la aplicación del parámetro "f" (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 94 de 130

del número de arrendatarios “Na” = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

Es importante notar, en este ejemplo, que el considerar un “Na” = 02 implica que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares por arrendatario, sino de US\$ 7,5 dólares (15/2); es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional es de US\$ 10 dólares (por los dos arrendatarios), terminaría cobrando en conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

Del mismo modo, para el caso de un poste que permite instalar cinco (05) cables de fibra óptica, la aplicación del parámetro “f” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y un “Na” = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, el considerar un “Na” = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

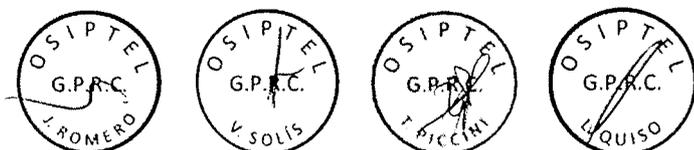
A continuación se muestra un cuadro comparativo entre las rentas mensuales totales que recibiría el operador eléctrico, considerando un “Na” = 3 en todos los casos, y la situación en la que consideramos un “Na” distinto de 03, a partir de un costo de operación y mantenimiento (OPEX) mensual sin compartición de US\$ 82 dólares (componente OMs de la fórmula anteriormente referida).

Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (*)	Renta total con “f”= 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferencial (RM total 1 - costo)	Diferencial (RM total 2 - costo)	Impacto en 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:

(\*) Por simplicidad en este ejercicio, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin compartición (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(\*\*) Por simplicidad en este ejercicio, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas), a fin de visualizar claramente el efecto del cambio en el valor del “Na”.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 130

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

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

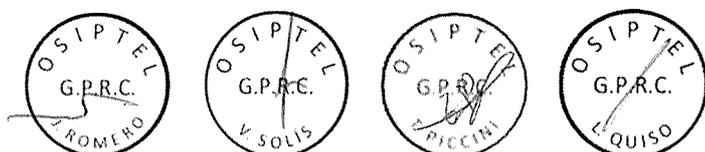
Como se expuso, la aplicación de un “Na” = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga exactamente al costo incremental individual atribuible al arrendatario es consistente con la naturaleza de la normativa vigente.

**Naturaleza y objetivo de las disposiciones normativas aplicables.**

La aplicación de un valor de “Na” (cantidad de arrendatarios) igual a tres (03), está alineada con el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario, es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos:

El artículo 7 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones<sup>98</sup>, señala como uno de los principios el siguiente:

<sup>98</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 130

**“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>99</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>100</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.

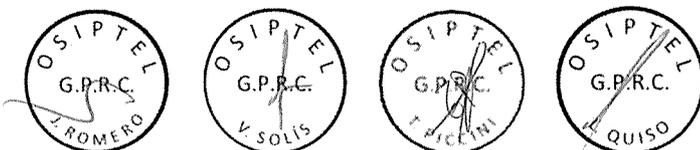
Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904<sup>101</sup> señala que:

**20.2 “El reconocimiento de los costos incrementales, tanto de inversión como de operación y mantenimiento, considerará mecanismos que reflejen costos eficientes, así como las condiciones reales de mercado y de obra.”** (Lo resaltado es nuestro).

<sup>99</sup> Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

<sup>100</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

<sup>101</sup> Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 97 de 130
	INFORME	

Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.

En conclusión, de acuerdo a lo expuesto, en función de sus facultades, el OSIPTEL establece que el valor que corresponde aplicar como "Número de Arrendatarios" ("Na") es tres (03), lo cual es consistente con los criterios de fijación de precios de la normativa en general.

#### **b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a LUZ DEL SUR.**

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a LUZ DEL SUR, entre otros, información de los códigos de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, la cual fue remitida mediante carta GC-2017-263 recibida el 21 de noviembre de 2017.

Las referidas estructuras corresponden a postes y/o torres de baja, media y alta tensión, de materiales de concreto, madera y acero, siendo un total de 1765 estructuras de soporte eléctrico, instaladas en diversos distritos de la provincia de Lima, del departamento de Lima. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por LUZ DEL SUR:

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LAS BASES DE DATOS "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS (POSTE / TORRE)	NIVEL DE TENSIÓN REPORTADA	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE TORRES Y/O POSTES
1	EA220SIU1S1-600-A2	Metálico	220 KV	18, 20	56
2	TA060SIR0D1C1240R+3	Metálico / Madera / Concreto	60 KV	11 al 20 y 25	52
3	EMRE1P75C2	Madera	60 KV	14, 16, 18	36
4	EMSS2P70C4	Madera	60 KV	16	5
5	EMSU1P60C3	Madera	10 KV y/o 60 KV	13 y/o (12, 14, 16, 18)	47
6	EMSU1P95C4	Madera	60 KV	14	157
7	PPC05	Concreto	0.22 KV	8	5



8	PPC08	Concreto	0.22 KV	9	2
9	PPC10	Concreto	0.22 KV	9	12
10	PPC11	Concreto	0.22 KV	10	10
11	PPC11	Concreto	22.9 KV	11	1
12	PPC12	Concreto	0.22 KV	10	8
13	PPC15	Concreto	0.22 KV	12	130
14	PPC15	Concreto	22.9 KV	12	11
15	PPC16	Concreto	10 KV y/o 22.9 KV	12	212
16	PPC17	Concreto	0.22 KV	12	20
17	PPC17	Concreto	10 KV y/o 22.9 KV	12	100
18	PPC18	Concreto	0.22 KV	13	20
19	PPC18	Concreto	22.9 KV	13	1
20	PPC19	Concreto	0.22 KV	13	131
21	PPC19	Concreto	10 KV y/o 22.9 KV	13	92
22	PPC20	Concreto	10 KV y/o 22.9 KV	13	10
23	PPC22	Concreto	22.9 KV	14	1
24	PPC23	Concreto	0.22 KV	14, 15	3
25	PPC23	Concreto	22.9 KV	14	7
26	PPC24	Concreto	0.22 KV	14	2
27	PPC24	Concreto / Madera	22.9 KV	14, 15	231
28	PPC26	Concreto	22.9 KV	16	1
29	PPC28	Concreto	0.22 KV	13, 18	101
30	PPC28	Concreto	22.9 KV	16	50
31	PPC38	Concreto	0.22 KV	9	1
32	PPC40	Concreto	0.22 KV	11	10
33	PPC41	Concreto	0.22 KV	11	10
34	PPC42	Concreto	0.22 KV	12	73
35	PPC43	Concreto	0.22 KV	13	57
36	PPC43	Concreto	22.9 KV	15	1
37	PPC44	Concreto	0.22 KV	13	3
38	PPC45	Concreto	0.22 KV	15	10
39	PPC46	Concreto	0.22 KV	15	1
40	PPF02	Metálico	0.22 KV	8	1
41	PPF04	Metálico / Madera	10 KV	12, 13	27
42	PPM21	Madera	10 KV	12	8
43	PPM22	Madera	10 KV	12	1



44	PPM25	Concreto	0.22 KV	13, 15	7
45	PPM25	Concreto / Madera / Metálico	10 KV y/o 22.9 KV	13, 15	26
46	PPM29	Madera / Concreto	10 KV y/o 22.9 KV	14, 15, 16, 18	15

Sobre esa base, se muestran los precios de las infraestructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro, así como la descripción de dichas infraestructuras, considerando las bases de datos de OSINERGMIN, las cuales corresponden a 6 códigos de la base de datos "MOD INV\_2017" y a 30 códigos de la base de datos "SICODI":

N°	CODIGOS DE ESTRUCTURAS EN LAS BASES DE DATOS "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	DESCRIPCION DE ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO (POSTE / TORRE)	PRECIO CIF UNITARIO (US\$, sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	EA220SIU1S1-600-A2	1 Poste auto soportable de acero (23/1515) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ACTU1-23	<b>34.499,09</b>	MOD INV_2017
2	TA060SIR0D1C1240R+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R2+3	<b>15.480,46</b>	MOD INV_2017
3	EMRE1P75C2	Estructura de Suspensión Angular (>3°-50°) compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	<b>1.927,24</b>	MOD INV_2017
4	EMSS2P70C4	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 70' Clase 4	<b>5.396,70</b>	MOD INV_2017
5	EMSU1P60C3	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 3	<b>1.371,45</b>	MOD INV_2017
6	EMSU1P95C4	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 95' Clase 4	<b>2.450,79</b>	MOD INV_2017
7	PPC05	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	<b>136,80</b>	SICODI
8	PPC08	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255	<b>159,17</b>	SICODI
9	PPC10	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/400/140/275	<b>192,02</b>	SICODI
10	PPC11	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	<b>206,03</b>	SICODI
11	PPC12	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/300/120/285	<b>250,13</b>	SICODI
12	PPC15	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	<b>230,40</b>	SICODI
13	PPC16	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	<b>281,68</b>	SICODI
14	PPC17	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	<b>305,79</b>	SICODI
15	PPC18	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	<b>255,39</b>	SICODI
16	PPC19	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	<b>314,15</b>	SICODI
17	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	<b>364,69</b>	SICODI
18	PPC22	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/200/135/360	<b>306,98</b>	SICODI
19	PPC23	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	<b>381,90</b>	SICODI



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 100 de 130
	INFORME	

20	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	<b>476,76</b>	SICODI
21	PPC26	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/200/150/405	<b>360,57</b>	SICODI
22	PPC28	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/400/165/420	<b>607,52</b>	SICODI
23	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	<b>159,17</b>	SICODI
24	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	<b>206,03</b>	SICODI
25	PPC41	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/400/140/305	<b>261,49</b>	SICODI
26	PPC42	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/100/120/315	<b>283,99</b>	SICODI
27	PPC43	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/200/140/335	<b>255,39</b>	SICODI
28	PPC44	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/400/160/355	<b>364,69</b>	SICODI
29	PPC45	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/200/140/365	<b>306,98</b>	SICODI
30	PPC46	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/400/160/385	<b>476,76</b>	SICODI
31	PPF02	POSTE DE METAL DE 8 mts.	<b>375,88</b>	SICODI
32	PPF04	POSTE DE METAL DE 13 mts.	<b>695,25</b>	SICODI
33	PPM21	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.6	<b>178,00</b>	SICODI
34	PPM22	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.7	<b>141,72</b>	SICODI
35	PPM25	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.6	<b>187,56</b>	SICODI
36	PPM29	POSTE DE MADERA TRATADA DE 15 mts. CL.7	<b>215,37</b>	SICODI

De esta manera, considerando en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, los referidos precios de las infraestructuras de soporte eléctrico y las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LAS BASES DE DATOS "MOD INV_2017" Y/O "SICODI"	NIVEL DE TENSION	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	EA220SIU1S1-600-A2	AT	<b>43,70</b>
2	TA060SIR0D1C1240R+3	AT	<b>19,60</b>
3	EMRE1P75C2	AT	<b>2,40</b>
4	EMSS2P70C4	AT	<b>6,80</b>
5	EMSU1P60C3	MT/AT	<b>1,70</b>
6	EMSU1P95C4	AT	<b>3,10</b>
7	PPC05	BT	<b>0,10</b>
8	PPC08	BT	<b>0,10</b>
9	PPC10	BT	<b>0,10</b>
10	PPC11	BT	<b>0,10</b>



11	PPC11	MT	0,30
12	PPC12	BT	0,20
13	PPC15	BT	0,20
14	PPC15	MT	0,30
15	PPC16	MT	0,40
16	PPC17	BT	0,20
17	PPC17	MT	0,40
18	PPC18	BT	0,20
19	PPC18	MT	0,30
20	PPC19	BT	0,20
21	PPC19	MT	0,40
22	PPC20	MT	0,50
23	PPC22	MT	0,40
24	PPC23	BT	0,30
25	PPC23	MT	0,50
26	PPC24	BT	0,30
27	PPC24	MT	0,60
28	PPC26	MT	0,50
29	PPC28	BT	0,40
30	PPC28	MT	0,80
31	PPC38	BT	0,10
32	PPC40	BT	0,10
33	PPC41	BT	0,20
34	PPC42	BT	0,20
35	PPC43	BT	0,20
36	PPC43	MT	0,30
37	PPC44	BT	0,30
38	PPC45	BT	0,20
39	PPC46	BT	0,30
40	PPF02	BT	0,30
41	PPF04	MT	0,90
42	PPM21	MT	0,20
43	PPM22	MT	0,20
44	PPM25	BT	0,10
45	PPM25	MT	0,20
46	PPM29	MT	0,30

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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 102 de 130

Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada torre de LUZ DEL SUR por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. De esta manera, a nivel agregado, este valor de retribución mensual unitaria multiplicado por el número de arrendatarios de LUZ DEL SUR, reflejaría el monto total de retribución mensual a ser pagado por los distintos arrendatarios que acceden a la infraestructura de LUZ DEL SUR, lo cual cubre sus costos incrementales de operación y mantenimiento.

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 LUZ DEL SUR, 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 1765 estructuras de soporte eléctrico arrendadas a AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 103 de 130

### 4.3.3 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

#### 4.3.3.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (recibidos mediante carta DJ-151/18 el 16.01.2018).

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, se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”) en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de la infraestructura. En consecuencia, el valor que corresponde considerar como “Na” es tres (3), en tanto el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) arrendatarios, por lo que la aplicación de dicho valor genera que la contraprestación sea la que realmente corresponde abonar por el espacio que ocupa un cable en la infraestructura.

Manifiesta que en su oportunidad también sostuvo que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). En efecto, se argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, 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 N° 00222-GPRC/2017, 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.

Señala 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, 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, resulta ser que **la única manera de ser consistente con dicha**



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 104 de 130

**finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3).**

Por ello, consideran 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). Indican que ello se evidencia claramente en el Informe N° 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor “f, tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que en promedio todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ manifiesta 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, señalan 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, 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).



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 130

Consideran 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”).

Por tanto, señalan que corresponde que el Consejo Directivo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado, 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. Indican que en el Informe N° 00222- GPRC/2017 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.

Adicionalmente y en línea con lo desarrollado en el numeral 3.7, corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que dicho valor (igual a tres) fue determinado de ese modo desde la emisión del Reglamento.

Señalan 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. El haber estado facturando retribuciones calculadas en función a un “Na” igual a uno (1), ha implicado que se transgreda el mandato legal contenido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento; sin respetarse el precio máximo definido en el marco normativo aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento.

En consideración a lo expuesto, solicitan 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 6.1 del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 130

#### 4.3.3.2 COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR (recibidos mediante escrito el 30.01.2018).

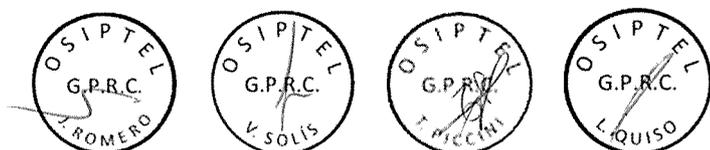
LUZ DEL SUR manifiesta que el hecho de que se asuma - ilegalmente - que el parámetro Na es igual a 3 debido a que un poste puede soportar un máximo de 3 cables, adolece en reconocer la totalidad de los costos económicos relacionados a la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida. Ello es así porque este criterio, recogido en el Mandato de Compartición:

- **Desconoce** que en un incremento indivisible y discreto de la infraestructura de redes existen economías de ámbito derivadas de los costos comunes y que por tanto, el costo de operación y mantenimiento de la compartición tiene un componente de costos fijos bastante elevado (costo de monitoreo, personal administrativo, supervisión de redes, etc.).
- **No considera** el criterio de viabilidad económica, asumiendo indebidamente la potencial existencia de 3 arrendatarios pese a que en zonas de baja densidad poblacional, se esperaría que el operador de redes de telecomunicaciones no requiera arrendar nuevos o mayores espacios.
- **Se trata de una expropiación regulatoria.** En la medida que no se considera que las empresas eléctricas van a poder cubrir los costos de la compartición con la remuneración de los operadores de telecomunicaciones debido a que las primeras tendremos que asumir costos incrementales de los espacios máximos disponibles sin tener la certeza que dichos espacios serán utilizados en el futuro por otros arrendatarios.

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

##### ***Sobre el OPEX incremental***

Sobre lo señalado por LUZ DEL SUR de que se desconoce que en un incremento indivisible y discreto de la infraestructura existen economías de ámbito derivadas de los costos fijos, se debe señalar que, efectivamente, cuando un agente enfrenta costos incrementales, estos pueden ser costos fijos o variables (es decir, indivisibles o divisibles). La presencia de dichos costos incrementales fijos deriva en que el primer usuario de la infraestructura genere la totalidad de dichos costos fijos, independientemente de la cantidad de usuarios que pudieran acceder posteriormente a dicha infraestructura. No obstante, el afirmar que en el presente caso se desconoce dicha situación constituye una afirmación derivada de un análisis parcial de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, ya que omite considerar los demás parámetros incluidos en la misma.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 107 de 130

En efecto, el numeral 2.5.3 del Informe Nº 292-2017-MTC/26 hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico, señalando lo siguiente:

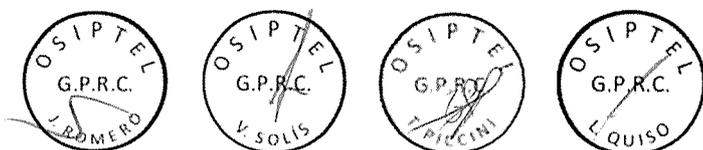
"2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:

**Respecto de los costos incrementales que se generan a partir de la instalación de un cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, se aclara lo siguiente:**

- Los costos atribuidos a estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.
- 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



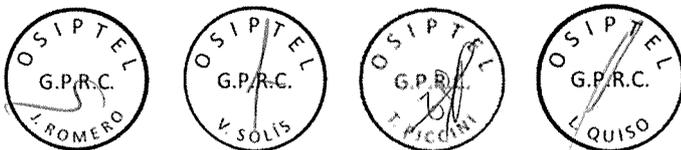
elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03.

<p>7 En tal sentido, precisamos que la instalación de nuevos cables sobre la infraestructura de transmisión existente, hasta cierto punto forzada (no prevista originalmente), imponen además ciertas restricciones, obstáculos, limitaciones, puntos de cuidado en las labores de mantenimiento de la infraestructura de transmisión, lo cual ocasiona sobre costos. Mas aun cuando este cable de fibra óptica es un añadido y está fuera del diseño previsto en la estructura original, ocasionando requerimientos adicionales de inspecciones por acercamiento, balanceos, distancias de seguridad, etc.</p> <p>Es preciso indicar que la compartición debe cubrir los costos que incurre el Concesionario de Transmisión en:</p> <p>a. Revisión de expedientes técnicos para la realización de instalaciones y modificaciones. El seguimiento y control en las futuras derivaciones del cable de fibra óptica que quisieran efectuar la concesionaria de telecomunicaciones.</p> <p>b. La supervisión en campo de la instalación de cable de fibra óptica, así como la supervisión de los trabajos que realizan en sus mantenimientos.</p>	<p><b>Respuesta 7</b> Se acoge parcialmente el comentario</p> <p>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:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Los costos atribuidos a los estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuirán mediante un pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica, a fin de garantizar el correcto funcionamiento de las redes eléctricas.</li> <li>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</li> </ul>
<p>Adicionalmente el de velar el cumplimiento de los procedimientos de Seguridad y Salud en el trabajo que tienen las Concesionarias de Transmisión</p> <p>c. Cubrir los costos de las gestiones que debe realizar el concesionario de transmisión ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, etc. para que el concesionario de telecomunicaciones pueda realizar maniobras y actividades sobre la infraestructura eléctrica.</p> <p>d. Establecer una organización y procedimientos que permitan informar, a los concesionarios de telecomunicaciones, sobre los eventos ocurridos en las líneas de transmisión.</p> <p>e. Atender y dar respuesta a las solicitudes y planes de trabajo dentro de plazos muy cortos.</p> <p>Se debe tener en cuenta que todas estas actividades son generadas y están asociadas al cable de fibra óptica lo que implica sobrecostos a los concesionarios de transmisión, incrementando el OFEX de los concesionarios de transmisión. Las respuestas que han dado a los diferentes comentarios, solo lo efectúan con comentarios sin ningún sustento técnico específico, lo cual hace suponer que no están considerando la preocupación y los sobre costos que incurrirán las concesionarias de transmisión en relación a la instalación del cable de fibra óptica de una concesionaria de telecomunicaciones.</p>	<p>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).</p> <p>En relación a los puntos d y e, estos no fueron materia de análisis en la presente propuesta normativa.</p>

De esta manera, el valor del parámetro "F", esta directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental fijo, ya está considerado en el valor de la variable "h" antes referida, razón por la cual, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.

### Sobre la viabilidad económica.

Sobre lo señalado por LUZ DEL SUR, de que no se considera el criterio de viabilidad económica, asumiendo la potencial existencia de 3 arrendatarios pese a que en zonas de baja densidad poblacional, se esperaría que no haya más arrendatarios, y que se trata de una expropiación regulatoria porque no van a poder cubrir los costos de la compartición; se debe recalcar, tal como se explicó anteriormente, que todos los



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 109 de 130
	INFORME	

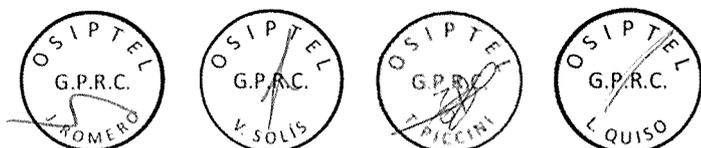
costos de LUZ DEL SUR son adecuadamente retribuidos, tanto los costos incrementales variables como los fijos, a través de distintas variables de la fórmula del Anexo I del Reglamento de la Ley. En particular, en el caso de los costos incrementales variables, estos son atribuibles a cada arrendatario y se generan recién a partir de su acceso a la infraestructura, ya que el parámetro “f” interioriza el costo incremental variable de operación y mantenimiento (OPEX incremental), de modo que, si no hay arrendatarios, el costo incremental es cero (0). De este modo, no existe por defecto, un OPEX incremental total que deben distribuirse entre los que accederían a la infraestructura, sino, costos incrementales (del 6,1% del OPEX) por cada arrendatario que va accediendo al poste o torre. Por lo tanto, el supuesto riesgo que LUZ DEL SUR debe asumir por no recuperar la totalidad de los costos incrementales, es inexistente.

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:



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 110 de 130

N° de Expediente	N° de Resolución	Empresa de Telecomunicaciones	Empresa Eléctrica	Capacidad de arrendatarios
00002-2017-CD-GPRC/MC	090-2017-CD/OSIPTEL	Comunicaciones Cabapice 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

***Sobre la solicitud de pronunciamiento respecto de la metodología del año 2013.***

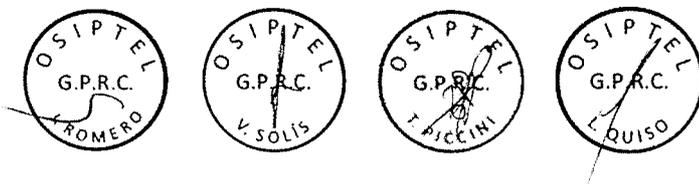
Respecto a lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se reconozca que desde que se aprobó la Metodología en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador "Na" era igual a tres (03), se debe señalar que los Mandatos de Participación se emiten sobre la base de la normativa vigente al momento de dicha emisión. En el caso particular de esta variable, su definición se efectuó sobre la base de lo dispuesto por el Anexo 1 del citado Reglamento, conforme ha sido detallado en el presente informe.

De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de Participación, en este extremo.

**4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.**

**4.4.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):**

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR. 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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 111 de 130
	INFORME	

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 LUZ DEL SUR. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.

Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada<sup>102</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.

*"Novena.- Suspensión y Resolución del Contrato.*

*(...)*

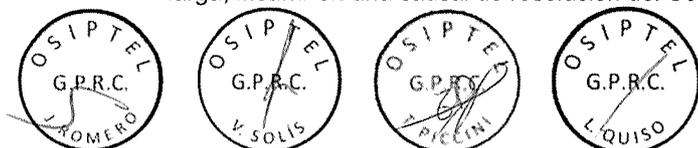
*9.3 Frente a cualquier incumplimiento de las Partes de los estipulado en el presente Contrato y sus anexos, éste quedará resuelto de pleno derecho dentro de los alcances del artículo 1430 del Código Civil, es decir de manera inmediata y sin necesidad de acción judicial, mediante comunicación escrita simple; dejando a salvo del derecho de la parte perjudicada de accionar ante la vía que estime pertinente por los conceptos que correspondan."*

Señalan que de este modo el retiro del cable de la red dorsal de la infraestructura de LUZ DEL SUR 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

<sup>102</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.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 112 de 130

eléctrica<sup>103</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 LUZ DEL SUR poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que EL OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

Por lo expuesto, solicitan que el OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto del Contrato de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR.

#### 4.4.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias-, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.

<sup>103</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 LUZ DEL SUR.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 113 de 130

#### 4.4.3 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

##### 4.4.3.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Carta DJ151/18 recibida el 16.01.2018).

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, 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.

Indican que si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR 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.

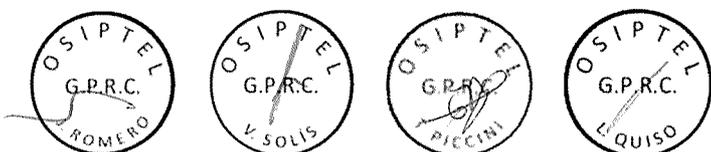
Indican que si bien AZTECA PERÚ entiende que los efectos del mandato de compartición no son retroactivos, es necesario que el Consejo Directivo reconozca que las partes tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias que puedan tener respecto a los montos ya facturados en otro fuero.

Manifiestan que de ese modo, 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.

Por tanto, solicitan 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.

##### 4.4.3.2 COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR (Escrito recibido el 30.01.2018).

LUZ DEL SUR indica que, sin reconocer la competencia del OSIPTEL para emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de mandato, dejan constancia que no sería necesaria ninguna precisión sobre el particular; pues ello implicaría que el Consejo Directivo se pronuncie sobre situaciones jurídicas pasadas y en las que tampoco cuenta con competencia pues fueron acordadas legítimamente por las partes antes de la solicitud presentada por AZTECA PERÚ. En tal sentido, consideran que lo solicitado carece de sustento alguno.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 114 de 130

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

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.

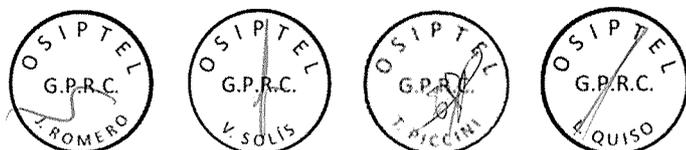
Sin embargo, el pronunciamiento del Consejo Directivo en el presente procedimiento está acotado específicamente a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual del Contrato de Compartición, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias acordado por las partes en dicho Contrato o de la aplicación que de él puedan decidir realizar las partes atendiendo a sus propias consideraciones.

#### 4.5 SOBRE LA SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD PRESENTADA POR AZTECA PERÚ.

##### 4.5.1 Posición de LUZ DEL SUR (Escrito recibido el 31.10.2017):

LUZ DEL SUR señala que el pedido formulado por AZTECA PERÚ para declarar la confidencialidad de la Solicitud de Mandato no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 2° del Reglamento de Confidencialidad; y, por lo tanto, el OSIPTEL debe denegar dicha solicitud. Pero, adicionalmente, indican que es imperativo destacar que el deber de mantener la confidencialidad de la Solicitud de Mandato mientras no haya culminado el procedimiento de calificación en el OSIPTEL, **alcanza única y exclusivamente a OSIPTEL y no a las partes que participan en el procedimiento ni a los terceros.**

Señalan que en primer lugar deben señalar que la solicitud de confidencialidad de AZTECA PERÚ no calza en ninguno de los supuestos de confidencialidad previstos en el artículo 2° del Reglamento de Confidencialidad, los cuales constituyen un *numerus clausus*. Precisan que la Solicitud de Mandato no contiene (i) consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno; (ii) información de AZTECA PERÚ protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil; (iii) información vinculada a procedimientos en trámite referidos al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; (iv) información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; (v) información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad de AZTECA PERÚ; o (vi) alguna de las materias señaladas expresamente por la Constitución o por ley. Lo antes señalado es tan evidente que el OSIPTEL no invoca ninguno de los supuestos antes mencionados para justificar su pedido de confidencialidad.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 115 de 130

En consecuencia, consideran que al no estar contenida la Solicitud de Mandato en ninguno de los supuestos de confidencialidad establecidos en el Reglamento de Confidencialidad, el pedido formulado por AZTECA PERÚ para que el OSIPTEL declare la confidencialidad de la Solicitud de Mandato, **debe considerarse necesariamente rechazado**, sin más trámite.

Hacen referencia al último párrafo de la Comunicación en la que se invoca a LUZ DEL SUR para que “*observe el tratamiento de confidencialidad*” que supuestamente brinda el artículo 21° del Reglamento de Confidencialidad a la Solicitud de Mandato de AZTECA PERÚ, no solo carece de sustento legal, sino que resulta abiertamente desproporcionado e irrazonable y, por lo tanto, contrario a los derechos de LUZ DEL SUR y terceros.

Citan el artículo 21° del Reglamento de Confidencialidad señala que:

*“La información materia de una Solicitud de Confidencialidad, será tratada como confidencial mientras no quede firme o cause estado en la vía administrativa una resolución que declare lo contrario”.*

Indican que esta disposición únicamente se refiere al deber que tiene el OSIPTEL de tratar como confidencial la información que es materia de una solicitud, en tanto, como es evidente, es ante dicho organismo ante quien los administrados presentan sus solicitudes de confidencialidad y, por lo tanto, es el OSIPTEL quien se encuentra obligado a mantener dicha confidencialidad.

Manifiestan que hasta el momento, LUZ DEL SUR ni siquiera ha sido notificada con el sustento de la solicitud de confidencialidad de AZTECA PERÚ, la cual tendría que estar acompañada, en cumplimiento del artículo 16° del Reglamento de Confidencialidad, de un resumen no confidencial de la información lo suficientemente claro y detallado para permitir un entendimiento razonable del asunto involucrado.

Precisan que sostener que el deber de confidencialidad alcanza a todo el texto de la Solicitud de Mandato y sus anexos (sin contar siquiera con el resumen no confidencial) y que además es oponible a las partes del procedimiento en el cual se solicita la confidencialidad, e incluso a terceros que podrían no conocer siquiera de la existencia de dicha solicitud; implica realizar una interpretación contraria al propio texto del artículo 21° que nada dice sobre el tratamiento que las partes o cualquier tercero deban dar a dicha información mientras el procedimiento de calificación no culmine.

Señalan que la invocación del OSIPTEL para que LUZ DEL SUR trate la Solicitud de Mandato de AZTECA PERÚ como información confidencial en tanto dicho pedido no haya sido resuelto por OSIPTEL, es una medida manifiestamente irrazonable y desproporcionada. Indican que dicha recomendación no cumple con el Test de Proporcionalidad<sup>104</sup> que toda norma u acto debe respetar para que su intervención en

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 579-2008-PA/TC.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 116 de 130

los derechos de los ciudadanos sea legítima. Este Test, como el OSIPTEL conoce, pasa por efectuar un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida que se pretende aplicar.

Indican que la invocación del OSIPTEL no resulta idónea para la finalidad que se pretende tutelar (la confidencialidad de la información de AZTECA PERÚ), puesto que LUZ DEL SUR en ningún momento ha tenido acceso a información confidencial de AZTECA PERÚ que pueda poner en riesgo sus derechos. El único documento notificado a LUZ DEL SUR en el marco del procedimiento iniciado por dicha empresa, es la Solicitud de Mandato que la propia AZTECA PERÚ ha presentado a OSIPTEL para que ésta sea remitida a LUZ DEL SUR para comentarios.

Consideran que no es necesaria en tanto existen medios alternativos para asegurar el mismo objetivo que el OSIPTEL persigue con su invocación. Citan como ejemplo, que el OSIPTEL podría disponer la realización de acciones internas para la custodia y resguardo de la información confidencial de AZTECA PERÚ (tal como lo prevé el Reglamento de Confidencialidad), sin necesidad alguna de obligar a LUZ DEL SUR a cumplir un mandato de confidencialidad que no solo no existe (en tanto al resolución correspondiente aún no ha sido emitida), sino cuya información no califica como confidencial de acuerdo con el propio marco legal del OSIPTEL.

Finalmente, señalan que es evidente que la invocación del OSIPTEL no es una medida proporcional en tanto la carga impuesta a LUZ DEL SUR es a todas luces mucho mayor que el grado de satisfacción que persigue el OSIPTEL obligándonos a dar un tratamiento confidencialidad a la solicitud de AZTECA. PERÚ.

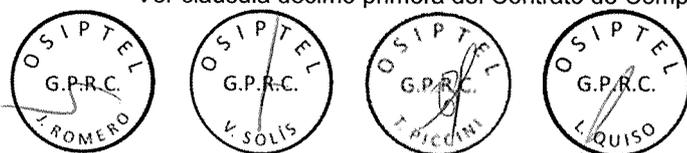
Señalan que la invocación de OSIPTEL contenida en la comunicación para que LUZ DEL SUR brinde un trato confidencial a la Solicitud de Mandato cuando ésta no solo no califica como información confidencial, sino que no se encuentra justificada por el Test de Proporcionalidad, resulta una medida ilegítima que nuestra empresa no se encuentra obligada a observar.

#### 4.5.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 30.11.2017)

AZTECA PERÚ indica que LUZ DEL SUR se equivoca totalmente al señalar que han requerido que su solicitud de mandato sea declarada confidencial y que ello le ocasionaría una situación de indefensión.

Indica que como bien conoce el OSIPTEL, su solicitud de confidencialidad tenía como objeto principal resguardar la privacidad del Contrato de Compartición que vincula a ambas empresas<sup>105</sup>, así como las comunicaciones que fueron cursadas, frente a terceros. Tanto es evidente que no han solicitado la confidencialidad de su solicitud de mandato y menos han pretendido afectar su derecho de réplica que la misma fue notificada a LUZ DEL SUR.

<sup>105</sup> Ver cláusula décimo primera del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 117 de 130

En consecuencia, consideran que corresponde desestimar lo argumentado por LUZ DEL SUR, sobre la solicitud de confidencialidad presentada por AZTECA PERÚ.

#### 4.5.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

Respecto de lo señalado por LUZ DEL SUR, se debe señalar que la solicitud de declaración de confidencialidad de la información presentada por AZTECA PERÚ ha sido declarada fundada en parte por la Resolución de Gerencia General N° 00131-2017-GPRC/2017 del 25 de octubre de 2017; conforme al análisis expresado en dicha decisión.

En particular, se ha declarado como información confidencial la ubicación georeferenciada (coordenadas) de la infraestructura que es objeto de la compartición, incluida en el numeral 1 del Anexo 2 del Contrato. Asimismo, se ha declarado como información restringida copia de las cartas cursadas entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR (DJ-1251/17, GC-2017-212 y DJ-1436/17).

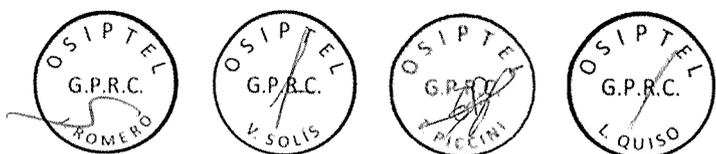
En ese sentido, la información mencionada en el párrafo precedente viene recibiendo en el OSIPTEL, el manejo y resguardo previsto en los artículo 24 y siguientes del Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 178-2012-CD/OSIPTEL (en adelante, el Reglamento de Información Confidencial).

Cabe indicar que la obligación de reserva respecto del manejo de la citada información, dentro de los alcances del Reglamento de Información Confidencial, recae en los funcionarios y consultores del OSIPTEL, conforme lo dispone el artículo 29 del citado Reglamento. En consecuencia, el tratamiento de la información antes señalada que realice LUZ DEL SUR, al ser parte del Contrato y haber cursado/recibido las comunicaciones antes señaladas, no se sujeta a lo dispuesto por el Reglamento de Información Confidencial. Ello, sin perjuicio del derecho de las partes del Contrato a requerirse el cumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad acordadas en éste (v.g. Cláusula Décimo Primera).

#### 4.6 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE LUZ DEL SUR.

##### 4.6.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ señala que el artículo 17 de la Ley de Banda Ancha establece que es considerada como una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada. En ese orden de ideas, considera que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 118 de 130

Manifiesta que en el caso en particular, LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.

#### 4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada. Por su parte, el artículo 30.4 de la Ley N° 29904 establece que el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida.

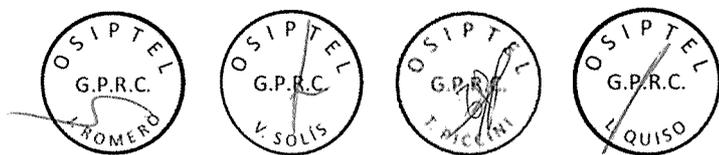
Ahora bien, se debe señalar que frente a una supuesta infracción, corresponde al OSIPTEL el ejercicio de sus funciones supervisora y, en su caso, fiscalizadora. Debe tenerse presente que en el procedimiento de fiscalización el Consejo Directivo interviene como segunda y última instancia administrativa, por lo que no puede adelantar ninguna consideración respecto de lo señalado por AZTECA PERÚ sobre la presunta infracción cometida y la responsabilidad administrativa que correspondería asumir a el(los) presunto(s) infractor(es), a efectos de evitar cualquier transgresión al debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.

#### 4.7 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL.

##### 4.7.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ AL PROYECTO DE MANDATO (Carta DJ-151/18 recibida el 16.01.2018).

AZTECA PERÚ señala que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la cláusula 6.1. 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 LUZ DEL SUR por parte de AZTECA para la instalación de un (1) cable.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 119 de 130
	INFORME	

Al respecto, indica 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 el mandato el Consejo Directivo precise el último párrafo de la nueva cláusula 6.1. 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.

Manifiestan 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.

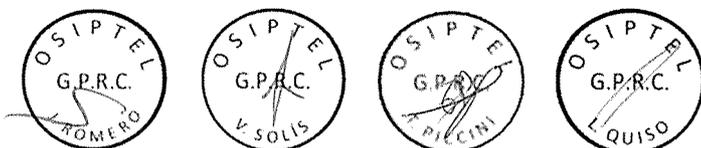
Señalan que así, el recalcule y modificación de la retribución mensual deberá operar de manera automática, a partir del siguiente periodo de facturación y sin que sea necesario la suscripción de alguna adenda, siempre que la modificación dispuesta implique una reducción en el monto de la retribución mensual.

En esa línea, AZTECA PERÚ propone que el último párrafo de la cláusula 6.1. 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:

*6.1. (...) 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 PERÚ tenga que pagar a LUZ DEL SUR 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, solicitan al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva cláusula 6.1. que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual.

Señalan que si bien se ha podido advertir que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación del Anexo 5 del Contrato de Compartición, se establecen los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de LUZ DEL SUR, 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



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 120 de 130

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. Ello, por cuanto 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, solicitan al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación del Anexo 5 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>106</sup>. Señalan que proporcionan dicha información, para que pueda ser incorporada al Anexo 5 del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe N° 00221-GPRC/2017 elaborado por la Gerencia, la que también se agrega como Anexo al presente escrito para que pueda visualizarse los datos con mayor claridad.

#### 4.7.2 COMENTARIOS DE LUZ DEL SUR RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ AL PROYECTO DE MANDATO (Escrito recibido el 30.01.2018).

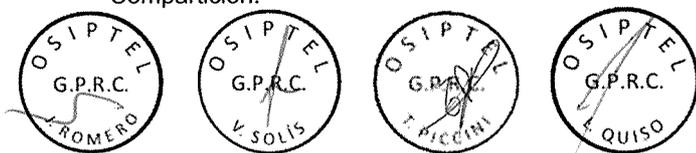
LUZ DEL SUR se ratifica en que desconocen la competencia del OSIPTEL sobre el presente procedimiento mientras el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado sobre su propia competencia, **dejan constancia** que este pedido de AZTECA PERÚ es no solo ilegal, sino también injusto y abusivo.

Señalan que por un lado es ilegal en tanto se solicita al regulador un pronunciamiento que abarque mayores aspectos de los que ya viene excediendo. Por otro lado, es abiertamente injusto y desproporcionado pues AZTECA PERÚ busca un camino expeditivo de modificación contractual siempre que los cambios sobre la fórmula de contraprestación le sean favorables. Es decir, si ocurriera un escenario distinto (incremento del precio aprobado por el MTC) ello no sería aplicado de forma inmediata. Señalan que claramente, se trata de un pedido a todas luces desproporcionado y que bajo ningún supuesto debiera ser aceptado.

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

Respecto de lo planteado por AZTECA PERÚ de que cualquier modificación en la fórmula de cálculo de la contraprestación o de sus componentes, sea automática y sin necesidad de que medie una addendum a su contrato y siempre que derive en una contraprestación menor; se debe señalar que el OSIPTEL siempre ha velado porque

<sup>106</sup> Cabe precisar que este es el número de torres por cada tipo que AZTECA PERÚ se ha encontrado utilizando desde el inicio de la relación de compartición que mantiene con LUZ DEL SUR, por lo que los montos de retribución fijados en la tabla son los que siempre debieron regir en el Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	Nº 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 121 de 130

las retribuciones (pagos) por los servicios mayoristas se retribuyan adecuadamente y en la oportunidad que correspondan. En esa línea, considera que el dinamismo en la variación de los parámetros de la citada fórmula o en la fórmula misma puede generar incentivos para no actualizar oportunamente los montos de las retribuciones ex-post modificación. En ese entendido, la generación de costos de transacción (suscribir adendas) puede desacelerar el traslado de los beneficios producto de dichos cambios.

En razón de ello, se considera razonable el incluir en el presente mandato de compartición que las retribuciones establecidas en su relación de acceso se ajustarán a los cambios en el valor de alguna variable que compone la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 o en la citada fórmula. No obstante, no consideramos adecuado el restringir esa adecuación sólo al escenario en el cual la nueva retribución sea menor, ya que implicaría solo reducir los costos de transacción cuando bajan los precios. En ese contexto, el concesionario eléctrico también tiene derecho a ser retribuido bajo las mismas condiciones cuando el precio sube. De esta forma, la flexibilidad en la aplicación de los nuevos valores será cuando las nuevas retribuciones bajen o suban.

De otro lado, si bien, en estricto, los nuevos valores de retribución debieran comenzar a aplicarse desde la entrada en vigencia de los dispositivos legales que los originaron sin que medie suscripción de addendum alguno; con la finalidad de que la aplicación de los mismo no genere costos operativos, se propone que las nuevas retribuciones sean aplicadas desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que se modificaron las mismas.

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1, la cantidad de torres de cada tipo que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a LUZ DEL SUR, se debe señalar que se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los cuarenta y seis (46) códigos reportados, manteniéndose los mismos valores de renta mensual unitaria, por arrendatario, publicados para comentarios.

En consecuencia, la contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR (torres de acero de alta tensión), está será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:



Nº	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURAS DE LUZ DEL SUR	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)	CANTIDAD
1	EA220SIU1S1-600-A2	AT	1 Poste auto soportable de acero (23/1515) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ACTU1-23	43,70	56
2	TA060SIR0D1C1240R+3	AT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R2+3	19,60	52
3	EMRE1P75C2	AT	Estructura de Suspensión Angular (>3°-50°) compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	2,40	36
4	EMSS2P70C4	AT	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 70' Clase 4	6,80	5
5	EMSU1P60C3	MT/AT	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 3	1,70	47
6	EMSU1P95C4	AT	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 95' Clase 4	3,10	157
7	PPC05	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	0,10	5
8	PPC08	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255	0,10	2
9	PPC10	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/400/140/275	0,10	12
10	PPC11	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	0,10	10
11	PPC11	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	0,30	1
12	PPC12	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/300/120/285	0,20	8
13	PPC15	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	0,20	130
14	PPC15	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	0,30	11
15	PPC16	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	0,40	212
16	PPC17	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	0,20	20
17	PPC17	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	0,40	100
18	PPC18	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	0,20	20
19	PPC18	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	0,30	1
20	PPC19	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	0,20	131
21	PPC19	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	0,40	92
22	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,50	10
23	PPC22	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/200/135/360	0,40	1
24	PPC23	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	0,30	3
25	PPC23	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	0,50	7
26	PPC24	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,30	2



27	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	<b>0,60</b>	<b>231</b>
28	PPC26	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/200/150/405	<b>0,50</b>	<b>1</b>
29	PPC28	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/400/165/420	<b>0,40</b>	<b>101</b>
30	PPC28	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/400/165/420	<b>0,80</b>	<b>50</b>
31	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	<b>0,10</b>	<b>1</b>
32	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	<b>0,10</b>	<b>10</b>
33	PPC41	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/400/140/305	<b>0,20</b>	<b>10</b>
34	PPC42	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/100/120/315	<b>0,20</b>	<b>73</b>
35	PPC43	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/200/140/335	<b>0,20</b>	<b>57</b>
36	PPC43	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/200/140/335	<b>0,30</b>	<b>1</b>
37	PPC44	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/400/160/355	<b>0,30</b>	<b>3</b>
38	PPC45	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/200/140/365	<b>0,20</b>	<b>10</b>
39	PPC46	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/400/160/385	<b>0,30</b>	<b>1</b>
40	PPF02	BT	POSTE DE METAL DE 8 mts.	<b>0,30</b>	<b>1</b>
41	PPF04	MT	POSTE DE METAL DE 13 mts.	<b>0,90</b>	<b>27</b>
42	PPM21	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.6	<b>0,20</b>	<b>8</b>
43	PPM22	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.7	<b>0,20</b>	<b>1</b>
44	PPM25	BT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.6	<b>0,10</b>	<b>7</b>
45	PPM25	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.6	<b>0,20</b>	<b>26</b>
46	PPM29	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 15 mts. CL.7	<b>0,30</b>	<b>15</b>

(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada torre de LUZ DEL SUR 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.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 124 de 130

#### 4.8 LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.

En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones a las condiciones económicas consideradas en el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 25 de noviembre de 2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.

Adicionalmente, a fin de guardar concordancia con otros mandatos de compartición, en relación a las consideraciones para la aplicación de la retribución mensual por el acceso y uso a la infraestructura del operador eléctrico, se han establecido como parte del presente Mandato de Compartición, las siguientes disposiciones:

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR, 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 LUZ DEL SUR, 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 LUZ DEL SUR, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 125 de 130

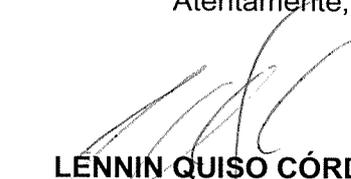
solicitud de LUZ DEL SUR debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles 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 LUZ DEL SUR, 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 LUZ DEL SUR, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales para las variables m, l, h y f definidas en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.

## 5. CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Mandato de Compartición de Infraestructura con LUZ DEL SUR que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 25 de noviembre de 2015.

Atentamente,

  
**LENNIN QUISO CÓRDOVA**  
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS  
Y COMPETENCIA (E)



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 126 de 130

## ANEXO 1

### RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE LUZ DEL SUR

1.1 Modificar el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta- Retribución Económica y Forma de Pago- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR el 25 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:

*"6.1 La contraprestación por el uso de la infraestructura de LUZ DEL SUR será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:*

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" O "SICODI"	NIVEL DE TENSIÓN	DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURAS DE LUZ DEL SUR	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)	CANTIDAD
1	EA220SIU1S1-600-A2	AT	1 Poste auto soportable de acero (23/1515) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ACTU1-23	43,70	56
2	TA060SIR0D1C1240R+3	AT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R2+3	19,60	52
3	EMRE1P75C2	AT	Estructura de Suspensión Angular (>3°-50°) compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	2,40	36
4	EMSS2P70C4	AT	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 70' Clase 4	6,80	5
5	EMSU1P60C3	MT/AT	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 3	1,70	47
6	EMSU1P95C4	AT	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 95' Clase 4	3,10	157
7	PPC05	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	0,10	5
8	PPC08	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255	0,10	2
9	PPC10	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/400/140/275	0,10	12
10	PPC11	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	0,10	10
11	PPC11	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	0,30	1
12	PPC12	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/300/120/285	0,20	8
13	PPC15	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	0,20	130



14	PPC15	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	0,30	11
15	PPC16	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	0,40	212
16	PPC17	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	0,20	20
17	PPC17	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	0,40	100
18	PPC18	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	0,20	20
19	PPC18	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	0,30	1
20	PPC19	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	0,20	131
21	PPC19	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	0,40	92
22	PPC20	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	0,50	10
23	PPC22	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/200/135/360	0,40	1
24	PPC23	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	0,30	3
25	PPC23	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	0,50	7
26	PPC24	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,30	2
27	PPC24	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	0,60	231
28	PPC26	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/200/150/405	0,50	1
29	PPC28	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/400/165/420	0,40	101
30	PPC28	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 17/400/165/420	0,80	50
31	PPC38	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	0,10	1
32	PPC40	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	0,10	10
33	PPC41	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/400/140/305	0,20	10
34	PPC42	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/100/120/315	0,20	73
35	PPC43	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/200/140/335	0,20	57
36	PPC43	MT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/200/140/335	0,30	1
37	PPC44	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 13/400/160/355	0,30	3
38	PPC45	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/200/140/365	0,20	10
39	PPC46	BT	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 15/400/160/385	0,30	1
40	PPF02	BT	POSTE DE METAL DE 8 mts.	0,30	1
41	PPF04	MT	POSTE DE METAL DE 13 mts.	0,90	27
42	PPM21	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.6	0,20	8
43	PPM22	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.7	0,20	1
44	PPM25	BT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.6	0,10	7



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 128 de 130
	INFORME	

45	PPM25	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.6	<b>0,20</b>	<b>26</b>
46	PPM29	MT	POSTE DE MADERA TRATADA DE 15 mts. CL.7	<b>0,30</b>	<b>15</b>

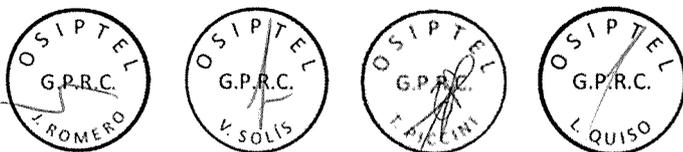
(\*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV\_2017" y la Base de Datos "SICODI" del OSINERGMIN.

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR 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 LUZ DEL SUR, 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 LUZ DEL SUR, 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 LUZ DEL SUR, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de LUZ DEL SUR debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018 Página: 129 de 130
	INFORME	

*ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.*

*De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a LUZ DEL SUR, 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.*

*Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de LUZ DEL SUR, 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.”*

- 1.2 Eliminar el tercer párrafo del numeral 6.6 de la Cláusula Sexta- Retribución Económica y Forma de Pago- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y LUZ DEL SUR el 25 de noviembre de 2015.



	DOCUMENTO	N° 00055-GPRC/2018
	INFORME	Página: 130 de 130

**ANEXO 2**

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA  
INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE LUZ DEL SUR**

**(En Disco Compacto)**

