

RECIBIDO

2018 MAR 14 PM 3:35

OSIPTEL

DJ-494/18

Expediente No. : 00002-2018-CD-GPRC/MC
Referencia : C. 000139-GPRC/2018
Escrito No. : 2
Sumilla : Absolución del escrito
presentado por ELSE

SEÑORES GERENCIA DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:

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

Que, mediante carta de fecha 17 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. ("**ELSE**") que la contraprestación periódica que viene exigiéndonos por el uso de su infraestructura eléctrica, en razón al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica celebrado el 3 de marzo de 2015 (el "**Contrato de Compartición**"), sea modificada a efectos de respetar el precio máximo a que se refiere el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley No. 29904, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "**Reglamento**"). Ello, en correcta aplicación de la "*Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos*", desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento (la "**Metodología**").

Que, luego que ELSE manifestara claramente a AZTECA que no estaba de acuerdo con los planteamientos contenidos en nuestras cartas y habiendo transcurrido en exceso el plazo a que se refiere el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, el 19 de enero de 2018, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura, a fin de que se modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura luego de que no pudiera arribar a un acuerdo con ELSE, requiriendo lo siguiente¹:

- (i) que se modifique el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición de modo que se precise que el denominador "Na" (número de arrendatarios) a que se refiere la Metodología tiene un valor igual a tres (3), salvo que medie expresa disposición contraria por parte de la autoridad competente.
- (ii) que, en función a la correcta aplicación de la Metodología, conforme fue planteado por AZTECA, se calcule e incluya en el numeral 6.4 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición el monto de las contraprestaciones periódicas que debe pagar a ELSE por el uso compartido de su infraestructura.

¹ Ver Sección IV de nuestro Escrito No. 1.

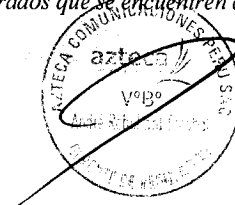


Que, el 22 de febrero de 2018, fuimos notificados la Carta C. 000139-GPRC/2018 a través de la cual la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (la "Gerencia") nos corre traslado del escrito presentado por ELSE el 15 de febrero de 2018 en el marco de la tramitación del expediente de la referencia. Por ello, a continuación, procedemos a **absolver la comunicación presentada por ELSE** en los siguientes términos y **reiteramos nuestra solicitud de emisión de un Mandato de Compartición**.

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

- 1.1. A criterio de ELSE, la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre compartición de infraestructura únicamente señalan que el Consejo Directivo es competente para emitir un mandato cuando las partes no han podido arribar a un acuerdo al momento de la suscripción de un Contrato de Compartición, es decir, sólo al inicio de la relación de acceso, más no una vez que ella ha sido entablada. Por ello, erradamente consideran que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que registrarse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. Por ello, creerían que un pronunciamiento del Consejo Directivo sobre nuestra solicitud del mandato vulneraría el principio de legalidad al suponer un ejercicio indebido de su función normativa.
- 1.2. Sobre el particular, no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición en este caso, como equivocadamente sostiene la contraparte. En efecto, corresponde recordarle a ELSE en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo de OSIPTEL, en lo que se refiere a su competencia para dictar mandatos. Ello, a efectos de que quede claramente demostrado que un pronunciamiento respecto de nuestra 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 ELSE.
- 1.3. Como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la "Ley de Organismos Reguladores"), la función normativa "*comprende la facultad de **dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias**, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y **mandatos** u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios*" (*énfasis y subrayado agregado*). Precisamente, la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como OSIPTEL es clara en establecer que **tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución**. Particularmente, la función normativa de OSIPTEL² es ejercida por

² **Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**
Artículo 23.- Definición de Función Normativa
La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas



su Consejo Directivo³ y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

- 1.4. Por su parte, en cuanto al despliegue y operación de la Red Dorsal, el artículo 32 de la Ley de Banda Ancha establece que 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. (...)"

- 1.5. Por lo tanto, 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 ELSE. Por el contrario, es claro que la atribución permite el dictado de mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.
- 1.6. Lo que pretende ELSE 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

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)

³ **Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**

Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

(Énfasis y subrayado agregado)

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

- 1.7. A diferencia de lo que ELSE alega en sus escritos, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha. Por ello, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente a dichas leyes y no entenderse como una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. Por tanto, la atención de nuestra solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituye un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y, menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución de OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.
- 1.8. Adicionalmente, 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, 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 partes⁴. 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.
- 1.9. En consecuencia, cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.
- 1.10. A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público,

⁴ Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en nuestros escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "*regulación escalonada*", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos.

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.

- 1.11. Sobre este punto, ELSE alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la Red Dorsal no habilita a OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y modificar el Contrato de Compartición. Sin embargo, como se ha demostrado, la normativa vigente es la que otorga facultades expresas al Consejo Directivo para emitir mandatos en el ámbito de su competencia, entre lo que se encuentra asegurar el cumplimiento de la legislación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, sin que existan restricciones de ningún tipo, menos de un límite temporal.
- 1.12. Por ello, el hecho que OSIPTEL también tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público, únicamente refuerza que el Consejo Directivo sea competente para emitir un mandato en este caso, pues a través del pronunciamiento también se asegurará que continúen las operaciones de la Red Dorsal de manera ininterrumpida.
- 1.13. Se puede advertir que nuevamente ELSE desvía la discusión de lo central, pues no es que OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. De ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada. En ese orden de ideas, la elección que tiene que realizar el Consejo Directivo está entre emitir o no un mandato legal en una relación jurídica sujeta a regulación de precio máximo.
- 1.14. 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 ELSE, 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).
- 1.15. Además, lo desarrollado en el presente acápite ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo⁵, como ha sido ampliamente explicado en nuestros anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA sobre las competencias de 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.

⁵ Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



- 1.16. Ahora bien, debe recordarse que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁶. Sin embargo, **en mercados regulados, como los de participación de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ante la falta de acuerdo frente a la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**
- 1.17. Ciertamente, el contexto en el que se desarrollan las relaciones de participación, 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 participación, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones.
- 1.18. En efecto, 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, 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 participación, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).
- 1.19. Precisamente, se debe recordar que en el presente caso lo que AZTECA 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 Participación 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 ELSE 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 nos resulta insólita, pues ELSE, 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.
- 1.20. En atención a lo expuesto, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de participación de infraestructura. En consecuencia, ha quedado demostrado que el Consejo

⁶ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.

Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura.

II. NO ESTAMOS ANTE UNA CONTROVERSIA QUE DEBA SER RESUELTA EN EL FUERO ARBITRAL O JUDICIAL

- 2.1. ELSE argumenta equivocadamente que el ajuste de la contraprestación por el uso de su infraestructura eléctrica que hemos solicitado a efectos de observar lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento, constituye una discrepancia contractual o interpretativa. Por ello, a su errado criterio, considera que estamos frente a una controversia que debe ser resuelta por un Tribunal arbitral o en el fuero judicial (de acuerdo con lo que se encuentre pactado en el Contrato de Compartición).
- 2.2. Sobre el particular, se observa que ELSE pretende no entender la naturaleza de la pretensión de AZTECA en este procedimiento: **ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, AZTECA ha requerido la modificación de los términos contractuales en lo referido a la contraprestación y no está discutiendo aquí la interpretación o aplicación del texto original de los Contratos de Compartición.** Por lo mismo, no estamos 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 ELSE, legitima la intervención exclusiva del OSIPTEL, por lo mismo, no se trata de una materia arbitrable o judicial.
- 2.3. 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 planteados⁷, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias. Menos aún 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.**
- 2.4. Al mismo tiempo, no se puede ignorar que ésta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad y la de AZTECA, 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.
- 2.5. Así pues, tenemos al menos una circunstancia que limita la libertad contractual de las partes: la contraprestación contractual siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Si AZTECA y ELSE no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, OSIPTEL debe intervenir a efectos de regular dicha

⁷ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. Que la motivación que tuvo AZTECA para plantear el cambio en la relación contractual se origine en cómo cree que deben interpretarse y aplicarse las normas, no implica que su solicitud de modificación sea menos válida.

condición. Cabe indicar también que **el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA pueda renunciar o disponer.**

- 2.6. En línea a lo anterior, corresponde precisar que tampoco estamos frente a un supuesto en el que AZTECA se encuentre solicitando la modificación de los Contratos de Compartición como consecuencia de un cambio normativo. Por el contrario, se observa que las condiciones que fueron pactadas entre ELSE y AZTECA 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 únicamente solicita **que los Contratos de Compartición sean enmendados 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. Que la posición de AZTECA se encuentre respaldada en disposiciones normativas no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.
- 2.7. Ahora bien, si bien ELSE alega reiteradamente que la contraprestación se ajusta a lo establecido normativamente debido a que el Contrato de Compartición hace referencia a que se determinará en aplicación de la Metodología del Reglamento, corresponde enfatizar que atribuir valores incorrectos en la fórmula metodología, como lo que sucede en el presente caso, genera que la retribución que ELSE exige a AZTECA sea por lo menos tres (3) veces mayor al precio máximo fijado legalmente. Ciertamente, en tanto ELSE continúa atribuyéndole al denominador "Na" un valor igual a uno (1), se encuentra vulnerando lo establecido en la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, pues no se encuentra aplicando la Metodología tal y como se encuentra establecida en la normativa y exige una contraprestación a todas luces superior a la que corresponde por el arrendamiento de su infraestructura.
- 2.8. Además, se debe tener en cuenta que esta situación no se presenta únicamente ante una renegociación, así pues, si en este momento ELSE y AZTECA 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 podríamos negociar un precio menor al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la Metodología. En dicho escenario como en el actual, cuando ELSE y AZTECA no arriben a un acuerdo respecto de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, pueden acudir al Consejo Directivo de OSIPTEL para que, en ejercicio de su función normativa, emitan un mandato que fije a cuánto ascenderá la retribución en estricto cumplimiento de las reglas imperativas.
- 2.9. Por lo expuesto, 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 OSIPTEL⁸. Ello, puesto que es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las

⁸ "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]

disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica⁹, 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 necesarias¹⁰.

- 2.10. En atención a lo señalado, como hemos podido demostrar, la naturaleza de la pretensión de AZTECA es la emisión de un mandato ante una (re)negociación infructuosa de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, para que se sujete al precio máximo fijado en la normativa vigente en la materia. Por tanto, no constituye una controversia que pueda ser resuelta en el fuero arbitral o judicial, sino que exclusivamente, por la función normativa que ejerce, el Consejo Directivo es el único que podría resolver el conflicto existente entre ELSE y AZTECA.

III. LA REFERENCIA A CÓMO SE NEGOCIÓ LA CLÁUSULA REFERIDA A LA CONTRAPRESTACIÓN Y LA ALEGACIÓN SOBRE QUE LA MODIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN SÓLO PUEDE DARSE POR ORDEN DE UNA NORMA DEBEN SER DESESTIMADAS

- 3.1. En su escrito ELSE realiza diferentes afirmaciones respecto a cómo se llegó a negociar el Contrato de Compartición, señalando que AZTECA aceptó que el valor del denominador "Na" de la Metodología tiene un valor igual a uno (1), por lo que nos encontraríamos impedidos de alegar que dicho valor es incorrecto y solicitar su modificación. Asimismo, ELSE equivocadamente señaló que la contraprestación únicamente puede ser modificada cuando alguno de los valores de la Metodología una norma lo señale expresamente y, atendiendo que en este caso no existe disposición alguna que cambie el valor del denominador "Na", no correspondería atribuirle un valor igual a tres (3). No obstante, como demostraremos en este acápite, **además de ser inexacta, esta afirmación está fuera de lugar si tenemos en cuenta el objeto del presente procedimiento.**
- 3.2. En primer lugar, desde su primera comunicación, **AZTECA ha manifestado claramente su intención de que se varíen las condiciones económicas previstas en el Contrato de Compartición**, es decir, que justamente se modifique la cláusula de la contraprestación en lo que respecta al valor unitario por punto de apoyo (cuyo recálculo hemos solicitado al Consejo Directivo que realice). Ello, en tanto AZTECA advirtió con el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017¹¹, que sustenta la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), que el valor correcto del denominador "Na" - desde la emisión del Reglamento - es igual a tres (3), por lo que en atención a dicho sustento solicitó a ELSE la modificación de la contraprestación, dado que estaría existiendo una equivocada aplicación de la Metodología. Por lo mismo, no tiene sentido traer a colación las comunicaciones referidas a la negociación inicial de la retribución para el Contrato de Compartición, pues precisamente AZTECA ha reconocido que las mismas se sustentan en un error en la atribución del valor del "Na" y, por ello, no estamos de acuerdo que se siga manteniendo la aplicación equivocada de la Metodología y buscamos modificar la contraprestación.

⁹ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

¹⁰ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

¹¹ http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metologia_M_y_F.pdf (revisado el 9 de marzo de 2017)

- 3.3. Así pues, ELSE trata de confundir al Consejo Directivo dando a entender que como AZTECA suscribió un Contrato de Compartición, en el que se habría entendido una aplicación equivocada del valor del denominador "Na" de la Metodología, no podría solicitar la aplicación del valor correcto de la variable ni la modificación de la contraprestación inicialmente pactada. Sin embargo, es claro que ninguna de las partes se encuentra "atada" de modo indefinido a los términos iniciales que se pactaron en un contrato, menos aún cuando efectivamente se ha evidenciado que dichas condiciones vulneran el marco normativo vigente.
- 3.4. En efecto, 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. 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. Además, en el presente caso, debe tenerse en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones económicas obedece a que una de las partes advirtió la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición y existe una evidente vulneración a un interés público protegido.
- 3.5. En esa línea, tampoco es cierto que las condiciones económicas pactadas inicialmente en un Contrato de Compartición únicamente puedan ser modificadas cuando, vía Resolución del Viceministerio de Comunicaciones, de modifiquen las variables "m", "f", "h" e "l". Si bien los cambios normativos también afectan el precio máximo y en determinado contexto significará la modificación de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, ELSE no puede negar que la renegociación de la contraprestación se puede dar en cualquier momento por voluntad de alguna de las partes o, como sucedió en este caso, luego de advertir que la retribución vulnera una disposición imperativa como consecuencia de la aplicación incorrecta de la Metodología.
- 3.6. Sobre este punto, corresponde resaltar que ninguna norma ha modificado el método de cálculo del valor unitario por uso compartido de infraestructura eléctrica contenido en el Anexo 1 del Reglamento. La Metodología sigue siendo la misma publicada en el año 2013. En ese sentido, AZTECA en ningún momento ha afirmado que el método de cálculo ha sido modificado y menos por una disposición normativa. Por el contrario, nuestra posición es que hemos advertido que se ha estado aplicando incorrectamente la Metodología, toda vez que se atribuía al denominador un valor igual a uno (1), lo que generó que AZTECA se encuentre abonando por lo menos tres (3) veces más a lo que le corresponde retribuir como máximo por uso compartido de infraestructura.
- 3.7. Asimismo, como ya hemos señalado, OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo"*¹². En esa línea, **en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación**, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

¹² Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.

- 3.8. Finalmente, debemos mencionar que ELSE y AZTECA están obligadas a observar lo establecido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento en lo que respecta al "precio máximo" por compartición de infraestructura eléctrica. En consecuencia, es innegable que el Contrato de Compartición estaba y continúa estando sujeto al cumplimiento de dicha regla de orden público. Por lo tanto, incluso en el caso negado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hubiese modificado la Metodología a través de un Decreto Supremo, las partes hubieran tenido que convenir el recalcado de la contraprestación¹³.
- 3.9. De acuerdo con lo señalado, corresponde desestimar las alegaciones de ELSE referidas a que no corresponde la modificación de la contraprestación pactada inicialmente, en tanto AZTECA habría aceptado inicialmente un valor del denominador "Na" y no existiría norma alguna que señale que el valor de dicha variable es igual a tres (3). Como se ha podido corroborar en el presente acápite, ello no constituiría un limitante para (re)negociar el cambio de las condiciones económicas y modificar la contraprestación inicialmente pactada.

IV. SOBRE LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN EXISTENTE ENTRE ELSE Y AZTECA

- 4.1. ELSE alegó que AZTECA, como empresa operadora de telecomunicaciones, es quien se encontraba en mejor posición para la aplicación correcta de la Metodología. Por ello, a su criterio, a la fecha no podríamos señalar que no advertimos que el denominador "Na" siempre tuvo un valor igual a tres (3) y que por error se le atribuyó un valor igual a uno (1).
- 4.2. Al respecto, corresponde recordar que en este caso estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.
- 4.3. AZTECA no maneja la información referida a los costos y características de las infraestructuras eléctricas y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la "colaboración" de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en nuestras primeras cartas solo planteamos a ELSE cómo considerábamos debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *"nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos"*. Es pues evidente que si AZTECA tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. ELSE en ningún momento accedió a proveernos de dicha información, abusando de su posición dominante.

¹³ Código Civil. Artículo V.
"Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres."

- 4.4. Si bien ELSE niega en su escrito que exista asimetría información con AZTECA, ha quedado claramente evidenciado que, como empresa eléctrica, propietaria de sus torres y/o postes, es quien cuenta con la totalidad de información (características de sus torres y/o postes, reales costos por el mantenimiento y operación de la infraestructura). Así, AZTECA es un operador de telecomunicaciones que no cuenta con información de una empresa distinta a la suya, y menos aún de una empresa de un giro totalmente diferente (sector eléctrico) y que, por su naturaleza, cuenta con infraestructura con características técnicas particulares.
- 4.5. Por lo expuesto, no es cierto que AZTECA se haya encontrado en una mejor situación para determinar a cuánto ascendía una contraprestación que respete el precio máximo calculado en aplicación de la Metodología. ELSE tiene el manejo de la totalidad de información referida al valor de sus postes y el costo de operación y mantenimiento, por lo que AZTECA se encuentra en desventaja ante la existente asimetría de información entre las partes y no podría haber advertido la existencia de errores en la aplicación de la fórmula metodológica.

V. SOBRE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS LEYES No. 28295 Y 29904

- 5.1. En su escrito, ELSE señaló que la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 tienen finalidades contrapuestas, por lo que los criterios que pueden determinarse con cada norma no podrían ser aplicados a la otra. A criterio de ELSE, no corresponde que se tenga en cuenta los precedentes de OSIPTEL y, con ello, se utilicen los criterios previamente establecidos respecto de la Ley No. 28295 en donde el Consejo Directivo fijó la contraprestación por uso compartido de infraestructura, debido a que esta norma protege a los usuarios finales, mientras que la Ley No. 29904 únicamente beneficiaría a los operadores neutros (empresas).
- 5.2. Sobre el particular, corresponde aclarar que no se debe caer en el error de considerar que los precedentes de OSIPTEL mencionados en el acápite anterior, que fueron establecidos respecto de una relación de compartición al amparo de la Ley No. 28295, no pueden ser aplicados a los casos en los que el Contrato de Compartición haya sido suscrito bajo el marco regulatorio de la Ley No. 29904. Por el contrario, la lectura de ambas normas debe consensuarse.
- 5.3. En efecto, se debe advertir que, el interés público protegido tanto en la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 es el mismo, dado que ambas normas consideran de necesidad nacional reguardar el acceso y uso de infraestructura compartida. Así, en ambos casos, las referidas leyes buscan proteger al operador de telecomunicaciones frente al poder de mercado que tiene el titular de la infraestructura, para que no coloque barreras económicas a la compartición y, con ello, pueda garantizarse la eficiencia en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- 5.4. Por tanto, es falso que la Ley No. 28295 sea la única disposición en materia de compartición de infraestructura que beneficie a los usuarios finales, puesto que el régimen de Banda Ancha (Ley No. 29904) protege la viabilidad y despliegue de la Red Dorsal y, con ello, se permite la prestación ininterrumpida de servicios públicos de telecomunicaciones al usuario final. El hecho de la Ley No. 29904 regule un régimen especial de compartición, no enerva su real naturaleza (régimen de acceso a infraestructura), sólo refleja la importancia que el Estado peruano le da al adecuado despliegue de la

Red Dorsal, dándole una especial protección al tutelar, en este caso, mediante un precio máximo, al operador concesionario de dicha red, para evitar que sea víctima del ejercicio del poder de mercado de los titulares de la infraestructura eléctrica.

- 5.5. En consecuencia, ambas normas generan beneficios al usuario final y no tienen finalidades contrapuestas, como falazmente plantea ELSE, por lo que deben leerse en conjunto, así como que los criterios fijados deben ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Es, pues, evidente, que ELSE ha planteado un **falso dilema**: no es cierto que se tenga que separar o distinguir un régimen del otro, para considerar que uno sí protege a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final y el otro no. Ambos regímenes lo hacen, por tratarse de sistemas que **garantizan el acceso a infraestructura** para evitar que el titular de ésta imponga barreras económicas a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, afectando así a los usuarios finales e impidiendo, en este caso, que se cumpla la política pública y el interés nacional de que todos los peruanos accedamos a los beneficios de la banda ancha.
- 5.6. De ese modo, equivocadamente, ELSE señaló en su escrito que, como la retribución fue fijada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") en el Reglamento, no resulta de aplicación el régimen general de acceso a infraestructura fijado por la Ley 28295, pues se trataría de un régimen distinto al que no cabe aplicar el criterio del caso Multivisión vs. ELSE invocado por nuestra parte, en donde sí se tiene que determinar a cuánto asciende la contraprestación, porque no estaría fijada en una norma. Nada más falso: **el Reglamento no establece un precio fijo, determinado e inamovible para toda relación de compartición, dicha norma únicamente establece un tope por debajo del cual las partes (la empresa eléctrica y el concesionario de la Red Dorsal) pueden y deben negociar.**
- 5.7. Al respecto, si bien el MTC determinó cuál es la Metodología, cuya aplicación señalará cual es el **precio máximo que debe abonarse por el uso compartido de infraestructura, dicha entidad no fijó a cuánto asciende la remuneración para cada una de las relaciones de compartición que en concreto se establezcan.** Así pues, en cada caso particular, no se aplica una "tarifa" fija predeterminada por el MTC para toda relación de compartición (único supuesto en que sería admisible lo que sostiene ELSE), sino que el operador de telecomunicaciones y la empresa de eléctrica tienen libertad para negociar cuál será la contraprestación, siempre que no exceda el precio máximo. En ese contexto, cuando no logren ponerse de acuerdo las partes, sea antes de la suscripción de un Contrato de Compartición o cuando están renegociando las condiciones económicas inicialmente pactadas, el Consejo Directivo es el órgano competente para definir este aspecto de la relación de compartición, conforme ha sido establecido en el artículo 25 del Reglamento.
- 5.8. Entonces, NO estamos ante un régimen en el que, habiéndose fijado una retribución por el MTC, no cabe mandato del Consejo Directivo de OSIPTEL sino interpretación de sus alcances y aplicación a la ejecución contractual, como incorrectamente plantea ELSE; **estamos ante un régimen particular de acceso a infraestructura que tiene una Metodología para determinar un precio tope regulatorio que debe ser observado en la negociación entre las partes.** Si la negociación no da resultado, corresponde que se dicte un mandato por el Consejo Directivo y, en ese sentido, no cabe una interpretación de la norma del MTC, como equivocadamente plantea ELSE.

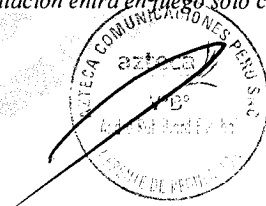
- 5.9. En consecuencia, como lo viene planteando AZTECA, lo que corresponde es la aplicación de una regulación escalonada¹⁴, es decir, un régimen en el que, la regulación en principio, da libertad a las partes para negociar dentro del tope, pero, por la cual interviene el Consejo Directivo cuando la parte beneficiaria del régimen de acceso lo requiere por no poder llegar a un acuerdo con el monopolista eléctrico, para que determine si la retribución es la que corresponde según el tope regulatorio.
- 5.10. Así pues, no se trata de interpretar una norma que ya fijó una retribución inamovible, como pretende sostener ELSE, se trata de determinar si, en la fijación de la contraprestación, se respetaron los principios y reglas del acceso a infraestructura en cuanto al tope regulatorio se refiere y, en atención a ello, modificar la contraprestación para que respete el precio máximo legal, lo que nuestra parte, correctamente, **ha solicitado al Consejo Directivo del OSIPTEL**. ELSE pretende disfrazar este real problema de una controversia, a fin de que el Consejo Directivo no dicte un mandato que modifique la contraprestación.
- 5.11. En atención a lo señalado, corresponde que el Consejo Directivo desestime los argumentos planteados por ELSE, pues es falso que la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 tienen finalidades contrapuestas, así como que el MTC ha fijado en la Ley de Banda Ancha la contraprestación por uso compartido de infraestructura, por lo que no corresponde que el Consejo Directivo emita un mandato y modifique la contraprestación, a efectos de que se sujete al precio máximo legal.

VI. LA METODOLOGÍA ESTABLECIDA POR EL MTC PARA DETERMINAR LA MÁXIMA CONTRAPRESTACIÓN POR USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA ASUMIÓ QUE EL VALOR DEL DENOMINADOR "Na" ES IGUAL A TRES (3)

- 6.1. ELSE indicó en su último escrito presentado, que el Reglamento, la Metodología, el Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó el Reglamento ("Informe del 2013"), la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC ("RVM") y el Informe No. 292-2017-MTC/26 que sustentó la RVM ("Informe del 2017") no señalaban que el valor del denominador "Na" sea igual a tres (3) o tenga otro valor fijo asignado. En todo caso, sostienen que, a su criterio, el valor del denominador "Na" es variable o "abierto" en función al número efectivo de arrendatarios con los que cuente la infraestructura, por eso debe considerarse un valor igual a uno (1) para el caso de la infraestructura compartida con AZTECA, puesto que en las torres únicamente ha sido apoyado un cable.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.

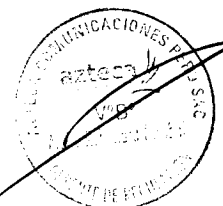
"(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que -encaso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que -según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad. la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece, así como "red de reserva" (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)"



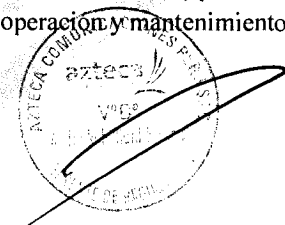
- 6.2. Al respecto, no es cierto que AZTECA haya "inventado" este valor, sino que nuestra interpretación tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. Así, pues, el sustento de AZTECA para afirmar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se encuentra **en el razonamiento económico de la fórmula** fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, no una creación antojadiza de nuestra parte, como tendenciosamente afirmó la representante de la contraparte. En efecto, como quedó demostrado en nuestra solicitud de mandato, cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Ello, consta en Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM, como detallaremos más adelante.
- 6.3. En efecto, lo que ELSE no toma en cuenta es que, si bien la aplicación de la Metodología tiene como finalidad determinar el precio máximo por uso compartido de infraestructura, en atención al costo incremental que le genera a la empresa eléctrica la operación y mantenimiento de sus torres y/o postes, el MTC determinó que este costo incremental se considerará en función de un porcentaje (proporción) **del valor del poste, del costo del montaje de la infraestructura y del costo de operación y mantenimiento de la infraestructura** ya existente, sin ningún apoyo. Así, la fórmula del MTC no considera que el costo incremental por operación y mantenimiento se calcule en función a servicios de monitoreo, número de personal que acude a una inspección, transporte para el desplazamiento a la supervisión de la infraestructura, entre otros similares, que genere el apoyo de un nuevo cable pues, por fines metodológicos, el MTC estimó suficiente considerar un porcentaje extra al costo que ya asume ELSE por contar con un poste y/o torre (sin que se trate de una infraestructura compartida), en el que ya se han considerado todos estos gastos por el mantenimiento de la infraestructura.

$$RM = IMP + \frac{1}{(N_a)} * (1 + i_m) * f * \left(\frac{l \text{ ó } h}{12}\right) * (1 + m) * TP$$

- 6.4. Así pues, de la lectura desagregada de la fórmula de la Metodología del Reglamento, aquí copiada, se puede evidenciar con total claridad que, el costo incremental (RM) viene dado por el porcentaje extra (f) que multiplica al valor del poste y/o torre (costo de la infraestructura- TP, costo de su montaje - 1+m y costo de la operación y mantenimiento - l ó h /12), lo que a su vez se multiplica por un margen de utilidad razonable (1+im) y se divide entre el número de arrendatarios o apoyos (Na).



- 6.5. En tal sentido, la remuneración mensual máxima (costo incremental por cada apoyo) que puede ser cobrada por uso compartido de infraestructura tiene como elemento medular al factor "f", el cual es un porcentaje que ha sido calculado en función al peso de tres (3) cables que soporta una infraestructura. Este porcentaje representa el costo extra o adicional (calculado en función al peso extra por el número de cables apoyados en la infraestructura) que implica para la eléctrica la existencia de su torre y/o poste. Por ello, es que el factor "f" se multiplica por el valor de la infraestructura, su costo de montaje y su costo de operación y mantenimiento.
- 6.6. En ese contexto, en tanto la Metodología para determinar el costo incremental considera lo que significaría para el valor de la infraestructura el peso de cables apoyados en ella, es que, precisamente, el MTC optó por fijar una fórmula que recompense a las empresas eléctricas que comparten su infraestructura por el desgaste que pueda ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica. Ciertamente, con ello la Metodología determina que el costo incremental por el apoyo de un cable se encuentra en función **al impacto en la vida útil de la infraestructura eléctrica**. Ello tiene lógica pues se entiende que, a mayor desgaste de la infraestructura, mayor necesidad de mantenimiento.
- 6.7. Esta explicación tiene pleno asidero en el Informe del 2013 que sustentó el Reglamento. En él consta que el MTC asumió como parámetro que una infraestructura puede abarcar tres (3) cables, debido a que existen varios factores a ser considerados para determinar el costo incremental. Así, en esta línea, el Informe del 2017 señala que, para determinar el costo incremental, se parte de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura son tres (3) cables. Siendo ello así, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables tiene un impacto de 18.3% (valor del factor "f") sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torre/Poste (desgaste de la torre por el peso adicional de 3 cables).
- 6.8. Ahora bien, el 18.3% que es el valor asignado para el parámetro "f" representa el costo incremental que generarían el peso adicional de tres (3) cables en el costo de mantenimiento de la infraestructura. En este escenario, AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque únicamente tiene un apoyo en la infraestructura de ELSE, por lo que, para determinar el costo incremental de AZTECA generado por el peso de un único cable, debe dividirse el valor del parámetro "f"=18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na). En consecuencia, el denominador "Na" cumple una función de ajuste en la fórmula metodológica, pues permite determinar cuál es el costo incremental que se genere individualmente por cada apoyo y que debe ser asumido por el operador de telecomunicaciones.
- 6.9. Por consiguiente, no es cierto, como sostuvo ELSE en su escrito, que el 18.3% corresponda al costo de toda la operación y mantenimiento, sea que haya uno (1) o tres (3) cables, sino que necesariamente debe dividirse entre tres (3) para obtener el costo incremental de cada apoyo, ya que la fórmula parte de la premisa que el número de cables son tres (3), y no uno (1) o dos (2) o "cualquiera". De ese modo, es indispensable que se individualice el costo para que AZTECA u otros operadores no asuman el costo incremental de cables inexistentes que no generan desgaste en la infraestructura.
- 6.10. En esa línea, ELSE ha reiterado sin fundamento que el costo incremental del 18.3% (valor de la variable "f") no pueda ser dividido necesariamente entre tres (valor del denominador "Na") para determinar un costo incremental individual que corresponda al costo por operación y mantenimiento



que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.

- 6.11. Claramente, si bien ELSE ha señalado que en algunos casos existen costos fijos o decrecientes, no ha motivado por qué la Metodología contemplaría este tipo de costos. Por el contrario, como ha explicado AZTECA en los numerales anteriores y a lo largo de nuestra solicitud de mandato, el propio diseño de la Metodología ha previsto que los costos incrementales por operación y mantenimiento se encuentren en función del uso de tres (3) cables, por lo que para determinar lo que corresponde sólo a un arrendatario debe asumirse el valor correcto del denominador "Na" que es igual a tres (3).
- 6.12. De ese modo, corresponde precisar que AZTECA comprende que la Metodología determina la contraprestación por el uso de infraestructura en función a los costos incrementales por operación y mantenimiento que se generen por el soporte de nuestros cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Sin embargo, lo que ELSE pretende negar con su argumentación es que AZTECA únicamente debe pagar por los costos incrementales de operación y mantenimiento que se genere por el espacio que ocupen sus cables, y no por todos los costos de la infraestructura, ni tampoco que asuma costos inexistentes por tres arrendatarios, cuando es el único que ocupa las torres y/o postes.
- 6.13. En tal sentido, nuestra argumentación para acreditar que el valor del denominador "Na" de la Metodología es igual a tres (3) no es equivocada, pues precisamente buscamos que ELSE respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA no ha generado. Es más, como ha sido demostrado en nuestro escrito anterior, la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de ELSE, un cable de fibra óptica.
- 6.14. Ciertamente, a diferencia de lo alegado por ELSE, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición.
- 6.15. Se debe tener en cuenta que en la formulación tarifaria OSIPTEL sólo tiene que considerar cuál es sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento la Metodología del MTC para fijar la tarifa de apoyo en postes pudo haber considerado cuáles de los costos comunes o de inversión que debieran ser recuperados de la infraestructura eléctrica de la empresa eléctrica, debido a que los costos de reposición de activos y otros costos de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica ya son cobrados por la empresa eléctrica en las tarifas eléctricas reguladas que fija el regulador de energía. Por tanto, atendiendo que el Consejo Directivo únicamente emitirá un mandato respecto de la Metodología tampoco se consideran dichos costos comunes o de inversión, pues ya están siendo considerados en las tarifas eléctricas.

- 6.16 En atención a lo señalado, determinar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por ELSE, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico, al exigir una retribución mayor al precio máximo que puede ser pactado como retribución por uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, cabe reiterar que un valor igual a tres (3) de la variable "Na" ha sido establecido en la Metodología desde su emisión, siendo que las partes no pactaron de dicho modo por error cuando suscribieron el Contrato de Compartición, por lo que cuando AZTECA advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con ELSE para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.
- 6.17 Cabe señalar que el Consejo Directivo ya ha reconocido en tres (3) de sus pronunciamientos que el denominador "Na" tiene un valor igual a (3), señalando que en atención a la fórmula metodológica establecida por el MTC existe un costo incremental constante, que lo asume cada operador de telecomunicaciones por el apoyo de un cable, siendo falso que existan costos fijos que deban ser asumidos por el único operador que se encuentra apoyando un (1) cable en las torres y postes. Así pues, el Consejo Directivo ha emitido mandatos en tres procedimientos¹⁵ idénticos al seguido con ELSE, afirmando que es competente para resolver este conflicto, modificando la contraprestación inicialmente fijada y señalando cómo se debe aplicar correctamente la Metodología (valor del denominador "Na" igual a tres), como se observa a continuación:

*"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 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.**" (Subrayado y énfasis agregado)*

- 6.18 Por tanto, como se ha podido evidenciar, el valor del denominador "Na" necesariamente es igual a tres (3), lo cual se ajusta a lo contemplado en la Metodología desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Teniendo en cuenta esto, es indispensable que el Consejo Directivo emita un mandato

¹⁵ Ver: (i) Resolución de Consejo Directivo No. 045-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00049-GPRC/2018 (Mandato respecto de ELSE); (ii) Resolución de Consejo Directivo No. 046-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00048-GPRC/2018 (Mandato respecto de TESUR); y, (iii) Resolución de Consejo Directivo No. 048-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00047-GPRC/2018 (Mandato respecto de CONENHUA).

de compartición y modifique la contraprestación fijada inicialmente, a efectos de que se respete el precio máximo legal.

VII. SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ELSE

- 7.1. ELSE solicitó al Consejo Directivo que tenga en consideración la conducta procedimental de AZTECA, pues habríamos presentado una denuncia maliciosa. Ello, toda vez que señalamos que ELSE podría incurrir en una posible infracción en tanto dicha empresa eléctrica ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado.
- 7.2. Al respecto, rechazamos categóricamente las afirmaciones de ELSE por carecer de sustento, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Nuestra empresa ha mantenido una conducta procesal intachable, siendo que nuestros escritos se han basado siempre en normas legales vigentes y en este caso en particular, en aquellas que prevén sanciones por incumplimiento de la regulación sobre la contraprestación por acceso y uso de infraestructura. En ese sentido, solicitamos al Consejo Directivo tener en cuenta que la desesperada acusación que formula ELSE obedece a su carencia de argumentos para contradecir la legalidad de nuestra solicitud de mandato y no a una conducta ilegal o indebida de nuestra parte.
- 7.3. El Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo 008-2001-PCM, en su artículo 104 señala que se sancionará a cualquier persona natural o jurídica que presente una denuncia con una falsa imputación o con ausencia de motivo razonable¹⁶. Es claro que, en el presente caso, no se cumple el supuesto de hecho establecido por la norma para que la conducta de AZTECA sea calificada como la presentación de una denuncia maliciosa, pues hemos sustentado nuestras alegaciones en lo previsto en el marco legal, señalando las razones por las que consideramos que ELSE se encuentra exigiendo una contraprestación que excede el precio máximo legal lo que implicaría el incumplimiento de las reglas imperativas referidas a la contraprestación por uso compartido de infraestructura y limitándonos a solicitar que OSIPTEL investigue, ejerciendo así su competencia legal exclusiva en esa materia.
- 7.5. En efecto, AZTECA únicamente ha solicitado que OSIPTEL realice las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ELSE por la presunta comisión de una infracción. Este pedido se sustenta en una norma que prevé una infracción en ese sentido y no se realiza "maliciosamente" como alega la contraparte. Así pues, el literal b del artículo 30.2 de la Ley de Banda Ancha establece que constituye una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada¹⁷, por lo que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la

¹⁶ *Reglamento General de OSIPTEL*
Artículo 104.- Denuncias maliciosas

Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada.

¹⁷ *Ley de Banda Ancha. Artículo 30. Tipificación de infracciones*

30.2 Constituyen infracciones graves: (...)

b. Incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada.



Metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.

- 7.6. Se debe tener en consideración que AZTECA no ha presentado información falsa ni ha ocultado algún documento que sea relevante, así como tampoco ha presentado una denuncia con ausencia de motivo razonable o con falsedad en la imputación, como lo alegó ELSE en su escrito, con la única finalidad de distraer la atención del Consejo Directivo del verdadero tema de fondo de la solicitud de mandato. Por el contrario, debe resaltarse que AZTECA ha sustentado debidamente cuál es el valor correcto del denominador "Na" y cómo es la aplicación de la Metodología, presentado ante la Gerencia y el Consejo Directivo todas las comunicaciones que sostuvieron las partes para la renegociación de la contraprestación.
- 7.7. A mayor abundamiento, cabe precisar que OSIPTEL, en ejercicio de su facultad sancionadora, es la única entidad competente para determinar si ELSE incurrió en la comisión de una infracción en el marco de un procedimiento sancionador, luego de que se hayan realizado los actos de instrucción correspondientes. Por ello, no es que con la sola alegación de AZTECA de que podría existir la comisión de una posible infracción por exigir un precio por lo menos tres (3) veces superior al máximo que puede ser exigido por el uso compartido de infraestructura, ELSE reciba una sanción.
- 7.8. En consecuencia, el Consejo Directivo no debe acoger el pedido de ELSE por cuanto ha quedado demostrado que carece de asidero. Como ha podido evidenciarse, la solicitud de mandato de AZTECA se sustenta en el marco legal. Por ello, nuestra solicitud para que OSIPTEL evalúe si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ELSE por la presunta comisión de una infracción no constituye una denuncia sin motivo razonable, siendo evidente que no califica como denuncia maliciosa.

POR TANTO:

A USTEDES SOLICITAMOS: que, en consideración a los argumentos expuestos, se desestimen los argumentos expuestos por ELSE y se proceda con la emisión del Mandato de Participación en los términos solicitados por AZTECA.

Lima, 14 de marzo de 2018



azteca
Comunicaciones Perú

ANDRÉ ROBILIARD ESCOBAL
GERENTE DE REGULACIÓN