

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR S.A.C. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 046-2018-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00004-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	25 de abril de 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Costos e Interconexión	María Ochoa
	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis
REVISADO POR:	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. (en adelante, TESUR), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 046-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00004-2017-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) y TESUR, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 25 de noviembre de 2015 (en adelante, el Contrato).

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante carta DJ-1264/17 recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a TESUR adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904¹, considerando: (i) la modificación de las variables “f” y “m” realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (en adelante, RVM N° 768) y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTEL en mandatos de compartición de infraestructura.
- 2.2 Mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el Contrato suscrito con TESUR.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 046-2018-CD/OSIPTEL de fecha 22 de febrero de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a TESUR y AZTECA PERÚ el 28 de febrero de 2018, mediante las cartas C.00130-GCC/2018 y C.00131-GCC/2018 respectivamente.
- 2.4 Mediante carta TDS-073/2018 recibida con fecha 21 de marzo de 2018, TESUR interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.5 Mediante carta C.00257-GPRC/2018 recibida con fecha 02 de abril de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ del recurso de reconsideración interpuesto por TESUR, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.6 Mediante carta DJ-685/18, recibida con fecha 09 de abril de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por TESUR.

¹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04 de noviembre del año 2013.



2.7 Mediante carta C.00275-GPRC/2018 recibida con fecha 12 de abril de 2018, se corrió traslado a TESUR de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de su recurso de reconsideración.

3. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR TESUR.

TESUR ha interpuesto un recurso de reconsideración el 21 de marzo de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2018-CD/OSIPTEL, efectuada el 28 de febrero de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

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

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

4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TESUR.

4.1. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR TESUR.

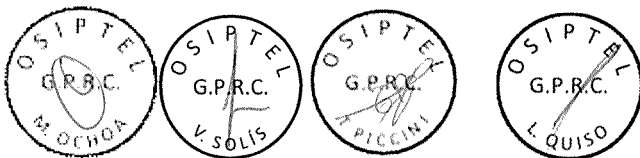
TESUR ha interpuesto recurso de reconsideración contra el Mandato de Participación, a efectos de que el Consejo Directivo lo declare nulo por lo siguiente:

- (i) Haber sido emitido por un órgano que carece de competencia para modificar contratos de participación mediante mandatos.
- (ii) Vulnerar el derecho de defensa de TESUR, al haberse sustentado en argumentos que no fueron planteados durante el procedimiento administrativo seguido para la emisión del mandato.
- (iii) Contravenir el marco legal, especialmente los principios de Predictibilidad y Confianza Legítima, y el de Legalidad.

Asimismo, señala que la emisión del mandato constituye un avocamiento indebido del OSIPTEL de un caso pendiente ante un órgano jurisdiccional, supuesto que está prohibido por la Constitución y que carrea una grave responsabilidad para la entidad y los funcionarios que participaron de dicha actuación. Precisa además que nada de lo

² Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.
"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

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



señalado en su recurso puede ser entendido como un reconocimiento o una convalidación, por parte de TESUR, de lo que considera una ilegal actuación del OSIPTEL.

A continuación se detallan los argumentos planteados por TESUR:

4.1.1 OSIPTEL no tiene competencia para modificar el Contrato a través de un Mandato.

TESUR señala que a lo largo de todo el procedimiento ha indicado en reiteradas ocasiones que el OSIPTEL carece de competencia para modificar el Contrato a través de un mandato de compartición, sencillamente porque –a su entender- el marco legal no lo habilita para modificar un Contrato suscrito libremente por dos partes, sustituyéndose en la voluntad de éstas e incluso contraviniéndolas para imponer sus condiciones.

Señala TESUR haber demostrado que ni la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica³ (en adelante, la Ley de Banda Ancha o Ley N° 29904); ni su Reglamento autorizan al OSIPTEL a emitir mandatos para modificar contratos de compartición, y que el artículo 25⁴ del Reglamento de la Ley N° 29904, que el OSIPTEL invoca para justificar su supuesta competencia, no contempla la emisión de un mandato para modificar contratos, sino única y exclusivamente para establecer la relación de compartición cuando las partes no han llegado a un acuerdo para la suscripción del respectivo contrato (lo que impide desplegar la red).

Indica TESUR que no obstante lo anterior, el OSIPTEL persiste en sostener que supuestamente tiene plena facultad para sustituirse en la voluntad de las partes y modificar la contraprestación pactada en el Contrato en virtud de su “*función normativa de intervención regulatoria subsidiaria ante la falta de un acuerdo entre las partes*”⁵. Precisa además que con el Mandato de Compartición, ahora el OSIPTEL también ha suplantado la voluntad del legislador para establecer que la variable “Na” (número de arrendatarios) prevista en el Reglamento de la Ley N° 29904, tiene un valor igual a tres (3), cuando para TESUR resulta claro, incluso de la propia argumentación del OSIPTEL, que la norma no establece dicho valor.

Manifiesta TESUR que en lo que se refiere a la alegada “*función normativa de intervención subsidiaria*”, esta facultad deriva, según el OSIPTEL, de lo dispuesto en la

³ Vigente desde julio del año 2012.

⁴ “Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos (...) 25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

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

⁵ Pág. 73 del Informe N° 00048-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Compartición.



Ley N° 27732 - Ley Marco de Organismos Reguladores (en adelante, Ley N° 27332) y del Reglamento General de OSIPTEL⁶ (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL). Sin embargo, señala TESUR que estas normas no hacen sino referirse a la facultad general del OSIPTEL para emitir mandatos⁷.

Considera TESUR que, esta facultad general es desarrollada por la legislación especial que regula cada actividad del sector telecomunicaciones. Así, el marco legal aplicable a la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones tiene su propio capítulo aplicable a la emisión de mandatos de interconexión, y lo mismo ocurre con la regulación aplicable al despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) y a las redes de Banda Ancha, así como con la compartición de infraestructura bajo la Ley N° 28295. En cada uno de estos marcos legales, indica TESUR, existen disposiciones específicas que establecen los supuestos y limitaciones aplicables a la facultad del OSIPTEL para emitir mandatos.

A manera de ejemplo, señala TESUR que la regulación sobre la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, a través del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión⁸, es clarísimo al establecer que el OSIPTEL tiene facultades para emitir un mandato: (i) ante la falta de acuerdo entre las partes para la celebración de un contrato de interconexión (artículo 29°); y (ii) para modificar un contrato de interconexión (artículo 46°). Precisa TESUR que ello no ocurre en el caso de la regulación de la RDNFO, donde la facultad de emitir mandatos ha sido limitada a los casos en los cuales las partes no hayan llegado a un acuerdo para suscribir un contrato inicial que permita el acceso y uso de infraestructura.

Manifiesta TESUR que, sin embargo, el OSIPTEL ha decidido ignorar las condiciones y límites dispuestos expresamente en el marco legal especial sobre compartición de infraestructura; y, ha preferido entender que sus facultades son ilimitadas y le permiten dictar todo tipo de mandatos en cualquier circunstancia. Agrega TESUR que esta facultad exorbitante supuestamente le permitiría suplantar en la voluntad de las partes en todo momento, no sólo para establecer una relación jurídica (como sí prevé la norma especial), sino también para modificar cualquier relación cuantas veces quiera.

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

⁷ Ley N° 27332:

"Artículo 3.- Funciones

(...)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".

Reglamento General de OSIPTEL:

"Artículo 23.- Definición de Función Normativa

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios".

⁸ Aprobado mediante Resolución N° 134-2012-CD-OSIPTEL.



TESUR considera que esta interpretación extensiva e ilimitada de las facultades a partir de normas generales (ignorando que éstas han sido reglamentadas), es a todas luces arbitraria e inconstitucional. Hace además referencia al artículo 45 de la Constitución que considera es muy claro cuando señala que el poder del Estado se ejerce “*con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*”. Esta es una regla fundamental en cualquier Estado de Derecho, que tiene por objeto garantizar el Principio de Legalidad y proscribir todo ejercicio arbitrario e ilimitado de poder. Por eso, esta regla también se encuentra recogida en el artículo IV, inciso 1.1, de la LPAG, que establece que las autoridades deben actuar “*dentro de las facultades que les estén atribuidas*”. Señala TESUR que es indudable que en nuestro país las facultades de cualquier autoridad tienen que ser expresas y nunca se presumen.

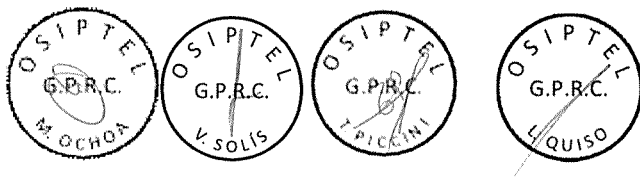
TESUR manifiesta que en el caso de la RDNFO, la facultad conferida al OSIPTEL de emitir mandatos debe ser ejercida conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 29904, que es el instrumento especial que regula las facultades de las distintas autoridades con relación a la RDNFO. En ese contexto, el artículo 25 del referido Reglamento establece cómo se aplica, en el ámbito especial de la RDNFO, la facultad general prevista en la Ley N° 27332 que permite al OSIPTEL dictar mandatos.

Reitera TESUR que esta norma especial únicamente habilita al OSIPTEL a emitir mandatos en caso de falta de acuerdo entre las partes para la celebración del contrato de compartición. Por lo tanto, no puede interpretarse ni presumirse que esta facultad regulada en el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 se extiende a modificar contratos celebrados y menos aún puede desconocerse esta norma.

Señala TESUR que la posición recogida en el Mandato de Compartición precisamente desconoce y vacía de contenido el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, el cual ya no resultaría aplicable, puesto que serían sólo la Ley N° 27332 y el Reglamento General del OSIPTEL los que habilitarían a este regulador a emitir mandatos en ejercicio de su función normativa; y, por lo tanto, se trataría de una facultad ilimitada.

TESUR agrega que la posición del OSIPTEL contraviene los principios legales y constitucionales más elementales, lo cual resulta mucho más grave tratándose de una facultad absolutamente exorbitante y excepcional, como la emisión de un mandato que es capaz de intervenir en un contrato celebrado válidamente entre dos partes y modificar la voluntad de éstas.

Considera TESUR que la facultad de dictar mandatos constituye una importante limitación a la libertad de contratar consagrada en el artículo 62 de la Constitución. De acuerdo con esta disposición: “*Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*”. Señala TESUR que es evidente que la facultad del OSIPTEL para modificar los términos contractuales debe ser interpretada de la manera más restrictiva posible, porque se trata de una facultad exorbitante y, por lo mismo, estrictamente excepcional, que afecta un derecho que cuenta con una protección de nivel constitucional.



Precisa TESUR que el OSIPTEL no puede restringir el derecho a la libertad contractual amparándose en una interpretación extensiva e ilegal de sus facultades generales, que involucra el desconocimiento de una norma legal especial. Señala TESUR que la posición del OSIPTEL no sólo vulnera el principio de Legalidad recogido en el artículo 45 de la Constitución y la libertad contractual consagrada en el artículo 62 de la misma *Carta Magna*, sino que también afecta otro principio constitucional fundamental para nuestro país: como es el principio de Subsidiariedad del Estado, protegido también en la Constitución y especialmente en los artículos 58 y 60 de esta norma.

Señala TESUR que en concordancia con este principio, la actuación del OSIPTEL en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones es subsidiaria. Por lo tanto, es la autonomía privada y no la intervención del regulador, la que prevalece como mecanismo para la asignación de eficiente de recursos. Indica que así se ha reconocido de manera expresa en el artículo 11 del Reglamento General del OSIPTEL⁹.

Considera TESUR que la regla general es la no intervención del OSIPTEL y este principio, aplica para toda actuación normativa o reguladora del OSIPTEL, pero especialmente en aquellos casos donde el regulador ejerce atribuciones que inciden de manera más gravosa en la autonomía privada, como es el caso de un mandato a través del cual el OSIPTEL puede llegar a sustituir la voluntad de dos partes afectando su libertad contractual.

TESUR señala que, en el ámbito de la compartición de infraestructura regulada por la Ley N° 29904, debe respetarse la regulación contenida en el Reglamento de la Ley N° 29904 que sólo faculta expresamente al OSIPTEL a establecer una relación contractual cuando las partes no se ponen de acuerdo en el acceso. Sólo en esos casos y nada más, indica TESUR, es posible la intervención subsidiaria del regulador.

Considera TESUR que en vista de la debilidad de su posición, el OSIPTEL recurre a interpretaciones del marco legal que resultan incongruentes. Indica así que su facultad para modificar el Contrato por la vía de un mandato, se encuentra prevista en el artículo 32 de la Ley N° 29904. Sin embargo, señala TESUR que el artículo 32 de la Ley N° 29904¹⁰, recoge la función de supervisión del OSIPTEL en el ámbito de la RDNFO que nada tiene que ver con la función normativa en la que pretende ampararse el OSIPTEL para dictar el Mandato de Compartición.

⁹ "Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad

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

¹⁰ "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 imponerlas sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30."



Considera TESUR que en ninguna parte del artículo 32 de la Ley N° 29904 se establece la posibilidad de modificar contratos por la vía un mandato. El artículo 13 de dicha Ley recoge la obligación de los titulares de infraestructura de permitir el acceso y uso de sus instalaciones, y el artículo 15° contiene las obligaciones aplicables a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones. Indica TESUR que el OSIPTEL sostiene que este artículo le encarga la facultad de emitir mandatos como una “*disposición específica necesaria para velar por el cumplimiento de la compartición*”, tratándose de conclusiones a las que arriba el OSIPTEL sobre al alcance de sus competencias que no tienen cabida en el propio texto de la norma y que además contradicen toda la argumentación esgrimida por éste, relativa al ejercicio de sus funciones normativas para dictar mandatos.

Reitera TESUR que el OSIPTEL no tiene competencia para modificar contratos de compartición por la vía de un mandato y las justificaciones que ha venido esgrimiendo para emitir el Mandato de Compartición no son más que interpretaciones ilegales e inconstitucionales del marco legal vigente.

Asimismo, TESUR manifiesta que el OSIPTEL, además de considerarse competente para intervenir en una relación privada, también ha considerado que puede sustituirse en la voluntad del legislador, estableciendo que ahí donde el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece que la variable “Na” es el “número de arrendatarios”, en realidad dice que “Na” es igual a tres (3) (Na = 3).

Indica TESUR que el OSIPTEL no tiene competencia para modificar el Reglamento de la Ley N° 29904 a través de una resolución de su Consejo Directivo, pues el referido Reglamento es una norma que ha sido aprobada por un Decreto Supremo que supera ampliamente el rango legal de las resoluciones que expide el OSIPTEL.

Sostiene TESUR que el OSIPTEL concluye en el Mandato de Compartición que, si bien no tiene facultades para modificar algunas variables que competen sólo al Viceministerio de Comunicaciones, el silencio de la norma respecto de las demás variables, implicaría que es el OSIPTEL quien tiene competencia para modificarlas o establecerlas.

Señala TESUR que con la nueva argumentación introducida por el OSIPTEL en el Mandato, éste ya no tiene por objeto adecuar la contraprestación a lo dispuesto en la RVM N° 768 y su exposición de motivos; sino que se trata simplemente del ejercicio de la función normativa del OSIPTEL, que le permitiría establecer un nuevo valor para la variable “Na”, modificando el valor establecido por las partes y, consecuentemente, la contraprestación pactada por éstas. Considera TESUR que este nuevo argumento, vulnera el derecho al debido procedimiento y de defensa de TESUR.

4.1.2 El Mandato de Compartición vulnera el Principio de Debido Procedimiento y el derecho de defensa de TESUR.

TESUR manifiesta que durante todo el procedimiento para la emisión del Mandato de Compartición y especialmente en el Proyecto de Mandato aprobado mediante



Resolución N° 164-2017-CD/OSIPTEL (en adelante, el Proyecto de Mandato), el OSIPTEL sostuvo que éste tenía por objeto adecuar la contraprestación pactada en el Contrato a la normativa vigente que regula la RDNFO, especialmente a las modificaciones Introducidas por la RVM N° 768.

Indica TESUR que esta argumentación ha sido modificada en el Mandato de Compartición, en el cual el OSIPTEL ha pasado a sostener que el sustento de éste ya no son los cambios introducidos por la RVM N° 768, sino la facultad normativa del OSIPTEL para modificar el valor de la variable “Na” ante la falta de un acuerdo entre las partes. Ahora, indica TESUR, las modificaciones introducidas por la RVM N° 768 y el Informe N° 292-2017-MTC/226 que la sustenta (en adelante, el Informe 292-MTC) son sólo referenciales para el OSIPTEL y demostrarían la concordancia del Mandato de Compartición con el marco legal.

Señala TESUR que este nuevo argumento no fue sometido al conocimiento y comentarios de las partes que intervienen en el Mandato de Compartición, pese a que, de conformidad con la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL¹¹, el OSIPTEL está obligado a dar a las partes la oportunidad de evaluar y pronunciarse sobre los fundamentos de los mandatos de compartición emitidos bajo el régimen de la RDNFO.

Considera TESUR que en este caso, el OSIPTEL notificó a las partes un Proyecto de Mandato que sustentó la modificación de la variable “Na” en la RVM N° 768 y en los fundamentos del Informe 292-MTC. Atendiendo a esto, en sus comentarios al Proyecto de Mandato y, en general, a lo largo de todo el procedimiento, TESUR se avocó a demostrar que la RVM N° 768 no había modificado la variable “Na”.

Señala TESUR que el OSIPTEL habría reconocido que, en efecto, la RVM N° 768 no modificó la variable “Na” y, por lo tanto, decidió variar el sustento del Mandato de Compartición para proseguir con su objetivo de modificar a cualquier costo la contraprestación pactada en el Contrato. Es entonces, según TESUR, que desarrolla este nuevo argumento según el cual la modificación del “Na” es decidida y determinada por el OSIPTEL en ejercicio de sus ilimitadas facultades normativas.

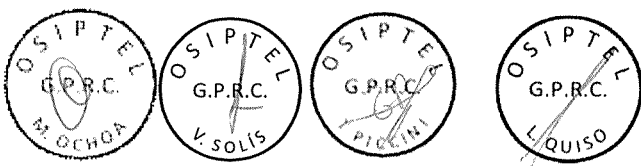
Manifiesta TESUR que este cambio de sustento se aprecia de manera clara en la conclusión a la que arriba el OSIPTEL en los informes que sustentan el Proyecto de Mandato y el Mandato de Compartición, respectivamente. En el informe que sustenta el Proyecto de Mandato, al finalizar el capítulo en el cual desarrolla su posición (numeral 4.3.3), el OSIPTEL concluyó lo siguiente:

“4.3.3 POSICIÓN DE OSIPTEL:

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

(...)

¹¹ Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.



En conclusión, el valor que corresponde aplicar como “Número de Arrendatarios (“Na”) es tres (3) debido a que el valor del parámetro “f” dimensionada bajo la premisa de que la infraestructura soportará hasta tres (3) cables de fibra óptica, lo cual se fundamenta en la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 y su informe sustentatorio, así como en la normativa aplicable”.

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a TESUR (...)
(El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

En cambio, señala TESUR, en el informe que sustenta el Mandato, al finalizar el capítulo que desarrolla su posición (numeral 4.3.3), el OSIPTEL concluye lo siguiente:

“4.3.3 POSICIÓN DE OSIPTEL:

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual):
(...)

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 (3), lo cual es coincidente con los criterios de precios de la normativa en generar.

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a TESUR (...)
(El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

Señala TESUR que resulta claro que el OSIPTEL ha variado la fundamentación del Mandato de Compartición en la última etapa del procedimiento, cuando ya había transcurrido la oportunidad para que las partes se pronuncien al respecto. Para TESUR, el sustento del Proyecto de Mandato fue adecuar la contraprestación del Contrato a lo dispuesto en la RVM N° 768, bajo la errónea interpretación de que ésta había modificado el valor de la variable “Na”. Sin embargo, el sustento utilizado en el Mandato de Compartición es uno distinto: la función normativa del OSIPTEL lo habilitaría a establecer el valor del “Na”, en atención a sus propios criterios. En el marco de esta nueva argumentación, señala TESUR, la RVM N° 768 invocada por AZTECA PERÚ y el OSIPTEL desde el inicio de este procedimiento como sustento principal para modificar la contraprestación, es desarrollada por el OSIPTEL únicamente para concluir que su decisión contenida en el Mandato de Compartición, coincide con dicha norma.

TESUR sostiene que este irregular cambio en la motivación del Mandato de Compartición, determinó que TESUR se avocara a lo largo de todo el procedimiento a refutar un argumento que el OSIPTEL aparentemente ha decidido desechar, esto es, que la RVM N° 768 habría modificado la variable “Na”. Indica TESUR que este importante giro en el sustento del OSIPTEL que no fue sometido al conocimiento de las partes antes de la emisión del Mandato, determina que el Regulador haya vulnerado el derecho al debido procedimiento y de defensa de TESUR en el procedimiento de emisión del Mandato.

Agrega TESUR que este importante giro en el sustento del OSIPTEL, que no fue sometido al conocimiento de las partes antes de la emisión del Mandato de Compartición, determina que en este procedimiento el regulador haya vulnerado el



principio de Debido Procedimiento y, por ello, el derecho constitucional a la defensa de TESUR.

TESUR hace referencia al numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG (aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹²), que describe el Principio de Debido Procedimiento e indica que del texto de la norma, este principio asegura a los administrados la posibilidad de exponer sus argumentos en el marco de un procedimiento administrativo, y que éstos sean tenidos en cuenta por la autoridad al momento en que tome una decisión final sobre un extremo. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³:

“En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, ‘judicial’, sino que se extiende también a sede ‘administrativa’ y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a ‘cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional’ [...] Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional, que ‘Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas’ [...] Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho [énfasis agregado por TESUR]”

Manifiesta TESUR que conforme a lo anterior, es claro que el OSIPTEL ha vulnerado el principio de Debido Procedimiento y, con ello el derecho de defensa de TESUR, al emitir el Mandato de Compartición con un sustento nuevo que su empresa no solo no ha conocido oportunamente, sino respecto del cual no se ha podido pronunciar.

Adicionalmente, indica TESUR que el Mandato de Compartición infringe el principio de Debido Procedimiento y, como parte de éste, específicamente el derecho de TESUR a obtener una decisión motivada, en tanto ha establecido el valor de la variable “Na”, sin considerar las características técnicas de su red de transmisión. TESUR ha señalado en reiteradas oportunidades que existen diversos tramos de su línea de transmisión donde técnicamente no es posible el soporte de un arrendatario adicional a AZTECA PERÚ. Más aún, los refuerzos que TESUR indica se realizaron en su red para el acceso de la RDNFO de AZTECA PERÚ, en algunos casos fueron diseñados para el soporte de un solo cable de fibra óptica, que es el de AZTECA PERÚ (y no de tres, como asume el OSIPTEL sin ningún análisis).

¹² “Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten [...]”.

¹³ Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Fundamento 12.



Señala TESUR que esta imposibilidad técnica ha sido totalmente ignorada por el OSIPTEL quien, soslayando las características particulares de su red y su falta de capacidad para soportar a más arrendatarios, ha decidido por sí y ante sí que toda su red (y cualquier otra red eléctrica) puede soportar tres (3) cables de fibra de óptica. Es más, el OSIPTEL ha concluido que su red puede soportar tres (3) arrendatarios sobre la base de razonamientos económicos abstractos, pero no ha entrado a analizar si su infraestructura en particular técnicamente permite ese soporte.

Indica TESUR que esta decisión del OSIPTEL, tomada desde una perspectiva totalmente abstracta y sin ninguna correspondencia con la realidad de su infraestructura, carece de una debida motivación en los términos exigidos por el artículo 6 del TUO de la LPAG¹⁴ y, en consecuencia, determina una vulneración del principio de Debido Procedimiento.

Agrega TESUR que el OSIPTEL fue informado en el año 2015 sobre la existencia del Contrato y todos sus términos, incluyendo el valor que las partes habían pactado para el “Na”. Específicamente, el OSIPTEL fue informado que el valor establecido para esta variable era uno (1) y no formuló observación alguna al respecto. En esa ocasión, indica TESUR, no consideró que el número de arrendatarios debía ser tres (3); no obstante, a decir de TESUR, ahora el OSIPTEL modifica su posición sin que haya ocurrido nada que sustente dicho cambio.

TESUR manifiesta que el OSIPTEL ya no se sustenta en el cambio del marco legal (introducido por la RVM N° 768), sino únicamente en su propio saber y entender (el cual plasma en un mandato emitido en el ejercicio de sus facultades normativas). Ese cambio de criterio que, según TESUR, originalmente le permitió aceptar el “Na” igual a uno (1) y establecerlo ahora en tres (3) no ha sido explicado ni sustentado. Indica TESUR que este irregular cambio de posición, que carece de motivación, constituye también una violación al principio de Predictibilidad.

4.1.3 La actuación del OSIPTEL vulnera el principio de Predictibilidad y Confianza Legítima y la doctrina de los actos propios.

TESUR señala que con el Mandato de Participación, el OSIPTEL ha modificado el valor de la variable “Na” para establecerlo en tres (3) y, con ello, ha modificado la

¹⁴ “Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o **vacías de fundamentación para el caso concreto** o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.” (El resaltado y subrayado es de TESUR).”



contraprestación pactada en el Contrato; sin que haya ocurrido un cambio en las condiciones económicas o técnicas de la red de TESUR o la red de AZTECA PERÚ.

Considera TESUR que esta decisión del OSIPTEL no sólo vulnera el debido procedimiento y motivación, sino que además contraviene el principio de Confianza Legítima y los propios actos del regulador, habida cuenta de que el OSIPTEL conoce desde hace mucho tiempo cuál es el valor que las partes asignaron a la variable “Na” cuando suscribieron el Contrato y nunca formuló observación alguna, por lo que dicho valor fue convalidado por OSIPTEL.

Indica TESUR que el OSIPTEL convalidó la decisión de AZTECA PERÚ y TESUR de asignarle a la variable “Na” un valor igual a uno (1) (y no tres) hasta en dos oportunidades. Lo hizo primero en diciembre de 2015, cuando AZTECA PERÚ remitió al OSIPTEL una copia del Contrato conforme a lo exigido en el artículo 62 del Reglamento de la Ley N° 29904, cuando el OSIPTEL no observó ni pidió información adicional respecto de alguna de las variables relacionadas con la contraprestación.

Posteriormente, sostiene TESUR, en octubre de 2016, el OSIPTEL volvió a convalidar la decisión de las partes cuando le solicitó mediante carta N° 520-GPRC/2016, que comunicará específicamente el valor que había sido utilizado en la fórmula del Contrato para la variable “Na”. En respuesta a este requerimiento, con fecha 21 de octubre de 2016, TESUR informó al OSIPTEL que: (i) la variable “Na” correspondiente a “número de arrendatarios” en la fórmula utilizada era equivalente a uno (1), y (ii) la variable “Na” equivale al número de arrendatarios reales” puesto que se trata de un dato concreto que se verifica en cada caso en particular, atendiendo a los arrendatarios que se encuentran efectivamente soportados en la infraestructura.

Señala TESUR que no recibió respuesta alguna del OSIPTEL, pese a haber solicitado que les conceda una reunión a efectos de esclarecer el entendimiento de todos (TESUR, AZTECA PERÚ y el OSIPTEL) respecto de la variable “Na”, puesto que el OSIPTEL nunca concedió dicha reunión. Asimismo, indica TESUR que teniendo el OSIPTEL el Contrato desde diciembre de 2015 y la información remitida por TESUR sobre el valor asignado por las partes a la variable “Na” desde octubre de 2016, el OSIPTEL nunca objetó el valor de dicha variable o siquiera pidió información adicional o una aclaración al respecto. En esa medida, la falta de pronunciamiento del OSIPTEL convalidó la decisión de las partes de establecer el valor de la variable “Na” en uno (1).

Sin embargo, TESUR sostiene que con el Mandato de Compartición, el OSIPTEL ha modificado el valor pactado y convalidado por el OSIPTEL para la variable “Na”, lo cual es completamente contradictorio con la actuación que el propio regulador tuvo durante casi dos años en los cuales, conociendo que las partes habían asignado el valor de uno (1) a la variable “Na”, nunca cuestionó dicho valor y, lo que TESUR considera peor, ha decidido modificar la variable sin sustentarlo en cambio alguno en la normativa o en las condiciones económicas del servicio, y basándose únicamente en sus supuestas facultades normativas ilimitadas.



TESUR indica que este comportamiento del OSIPTEL, como puede anticiparse, vulnera el principio de Confianza Legítima recientemente recogido en el TUO de la LPAG¹⁵, que como conoce el Consejo Directivo, tiene origen en la Teoría de los Actos Propios desarrollada en el ámbito del Derecho Civil. Trasladada a los actos de la Administración Pública, la doctrina de los actos propios impone a la Administración la obligación de respetar la confianza que los administrados han desarrollado sobre los propios actos de las entidades administrativas.

Cita TESUR a Héctor Mairal, quien en su libro titulado, “La doctrina de los actos propios y la Administración Pública” señalaría lo siguiente:

*“La doctrina de los actos propios se fundamenta en las **exigencias del principio general de la buena fe**. Este principio exige que las partes de una relación jurídica se conduzcan con **lealtad, rectitud, con coherencia en su comportamiento**, a fin de **proteger la confianza, regularidad y confiabilidad que debe imperar en el tráfico jurídico**”¹⁶ (El resaltado y subrayado es agregado).*

*“(…) cuando la **conducta administrativa previa se dirigió al mismo particular que luego se agravia con el cambio de actitud** existe además una unidad de relación jurídica, cabe alegar la **proscripción del “venire contra factum proprium”**”¹⁷ (El resaltado y subrayado son agregados por TESUR).*

TESUR manifiesta que contrariamente a lo que ha hecho el OSIPTEL en este caso, el citado autor y Alejandro Borda¹⁸ coinciden en que las decisiones de la Administración deben proteger la creencia y confianza que ésta despierta en el sujeto, confianza y creencia que, según señalan “*nacen de la exigencia de mantener un comportamiento coherente*”.

Indica TESUR que en este caso, la actuación del OSIPTEL no ha sido coherente pues si se consideraba competente para modificar el valor de la variable “Na” y establecer en tres (3) porque, como sostiene ahora en el Mandato de Participación, es el que corresponde técnica y económicamente, entonces tendría que haber dispuesto su modificación en diciembre de 2015 cuando se le notificó el Contrato, pero no hoy casi tres años después.

¹⁵ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(…)

1.15 Principio de predictibilidad o de confianza legítima - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. **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 irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables**”.

(El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

¹⁶ MAIRAL, Héctor. “La Doctrina de los Actos Propios y la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.4.

¹⁷ MAIRAL, Héctor. “La doctrina de los actos propios y la Administración Pública”. Depalma, Buenos Aires, 1988. p. 35

¹⁸ BORDA, Alejandro. La teoría de los Actos Propios. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. Página 107.



Señala TESUR que esta situación se agrava si se tiene en cuenta que el sustento del OSIPTEL para modificar la variable “Na” en el Mandato de Compartición ya no se debe a un supuesto cambio de la variable dispuesto por la RVM N° 768, sino simplemente a la decisión del OSIPTEL de establecer el valor de la variable “Na” en tres (3). Hace referencia TESUR a Jaime Rodríguez Arana, que señala que la Administración “no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita”¹⁹, indicando que en este caso, no ha habido una justificación que permita al OSIPTEL desconocer la convalidación que había efectuado años atrás respecto del valor del “Na”.

TESUR manifiesta que lo anterior constituye una vulneración a los principios de Predictibilidad y Confianza Legítima, lo cual deviene, como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional, en una transgresión al principio de Seguridad Jurídica que, según el supremo intérprete de la Constitución, “la seguridad jurídica consiste en la predictibilidad de las conductas y en especial las de los poderes públicos frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho”²⁰ (El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

4.1.4 El Mandato de Compartición infringe el principio de Legalidad.

TESUR señala que el Mandato de Compartición adolece de un vicio de nulidad adicional que está relacionado con la interpretación que efectúa el OSIPTEL de lo dispuesto en la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, modificada por la RVM N° 768. Al respecto, indica TESUR que sin perjuicio de que el OSIPTEL no tiene competencia para modificar la variable “Na” establecida en el Contrato, en virtud del principio de Legalidad, el OSIPTEL también se encuentra impedido de interpretar arbitrariamente la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, alejándose del texto expreso de la norma.

Indica TESUR que conforme a la fórmula prevista en el Reglamento de la Ley N° 29904, la variable “Na” es equivalente a “Número de Arrendatarios”. Esta variable se utiliza para determinar, conforme a la fórmula, el “Factor de Distribución de Costos solo entre Arrendatarios”, el cual está representado por la variable “B” en la fórmula ($B = 1 / Na$). Precisa TESUR que los costos a que se refiere la variable “B” son los costos incrementales de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica de TESUR cuando ésta es compartida (costo OPEX incremental), los cuales deben ser distribuidos, es decir, asumidos, “solo entre los arrendatarios”, como lo indica expresamente la norma al definir la variable B.

TESUR indica que este costo OPEX incremental, como fue señalado en la audiencia oral llevada a cabo ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, no es otro que el costo de

¹⁹ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. “El principio general del derecho de confianza legítima”. En DIALNET (<http://www.dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/4596172.pdf>); 2013, p.68.

²⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Edición Octubre 2017. Pág. 126.



operar y mantener los refuerzos en los que TESUR tuvo que invertir en un primer momento para que la RDNFO pueda soportarse en su Infraestructura.

Señala TESUR que, conforme a la Ley N° 29904 y su Reglamento, el acceso y uso que provee TESUR a AZTECA PERÚ se realiza a cambio de dos (2) contraprestaciones. La primera es la contraprestación inicial que AZTECA PERÚ pagó a TESUR para remunerar la inversión en la incurrió para dar soporte a la RDNFO, y la segunda, la contraprestación mensual que remunera el costo de operar y mantener esa misma inversión. Precisa TESUR que en el caso del Contrato, la inversión inicial que debía realizar TESUR fue negociada, definida y aceptada por ambas partes en el 2015. Más aún, indica TESUR que esta inversión ya fue ejecutada por ella y pagada por AZTECA PERÚ; sin embargo, esta inversión ya definida y ejecutada es la que ahora el OSIPTEL, a pedido de AZTECA PERÚ, ha modificado estableciendo que los costos de esta inversión sean asumidos por tres (3) arrendatarios, incluso si dos (2) de ellos son inexistentes.

TESUR manifiesta que, lo que los miembros del Consejo Directivo no parecen entender es que, mediante el Mandato de Compartición, se ha modificado el costo de operar y mantener la inversión que fue acordada en el 2015, dividiendo dicho costo por tres (3) arrendatarios cuando hay un solo arrendatario. Este único arrendatario, por aplicación de la variable B ("Factor de Distribución de Costos solo entre arrendatarios"), está obligado a asumir todo el costo OPEX incremental generado como consecuencia de su soporte. Por ello, considera TESUR que lo dispuesto por el OSIPTEL en el Mandato de Compartición no sólo es absolutamente contrario a lo pactado y ejecutado por las partes, sino que se aleja totalmente de lo previsto en el propio Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vulnerando con ello el principio de Legalidad.

Señala TESUR que de acuerdo con el Informe 292-MTC, el costo OPEX incremental que establece la RVM N° 768 (que modificó el Anexo 1 del Reglamento) puede albergar hasta tres (3) cables de fibra óptica. Esto quiere decir, según TESUR, que con el costo OPEX incremental se remunera la operación y mantenimiento de una infraestructura eléctrica diseñada para soportar hasta tres (3) cables. De este Informe 292-MTC, el OSIPTEL ha entendido que, como el OPEX incremental puede albergar hasta tres (3) cables, entonces, al aplicar la fórmula, dicho costo debe ser necesariamente dividido por tres (3), de modo que cada arrendatario teórico asuma la porción del costo OPEX incremental que genera.

Indica TESUR que este supuesto "entendimiento" no tiene sustento legal ni económico. En primer lugar, indica TESUR, en ninguna parte de la Ley N° 29904, su Reglamento, la RVM N° 768 o los informes sustentatorios de estas normas, se señala que sea posible reducir el costo OPEX incremental si el número de arrendatarios es menor a tres (3). Esta es una interpretación que realiza el OSIPTEL que es completamente contraria a la fórmula expresamente establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 y, por lo tanto, una interpretación ilegal.



Señala que, además, el hecho de que el costo OPEX incremental pueda albergar hasta tres (3) cables, no quiere decir que dicho costo se reduzca cuando hay menos de tres (3) arrendatarios soportados en la infraestructura. El costo OPEX incremental que establece el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es uno solo y éste debe ser asumido en su integridad por los arrendatarios que efectivamente se encuentren soportados en la infraestructura.

TESUR manifiesta que, en aplicación de la variable B ("Factor de Distribución de Costos solo entre Arrendatarios"), si hay dos (2) arrendatarios, entre ambos deberán asumir la totalidad del costo OPEX incremental que se ha generado por el soporte de sus cables y si hay un solo arrendatario, entonces éste único arrendatario tendrá que asumir la totalidad del costo OPEX incremental generado a partir del soporte de su cable.

Señala TESUR que al ser un solo costo incremental que debe ser asumido en su totalidad por los arrendatarios, la variable "Na" de la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 es necesariamente un valor abierto que refleja el número real de arrendatarios de la infraestructura. Si se asignara a la variable "Na" un número mayor al número de arrendatarios reales de la infraestructura (por ejemplo, tres (3) cuando existe un (1) solo arrendatario en la infraestructura), sostiene TESUR que siempre existirá una parte del costo incremental generado por la presencia de los arrendatarios que no sería asumido por éstos, y que, por lo tanto, tendría que cubrirlo el titular de la infraestructura, es decir, TESUR. Esta situación, como sostiene el informe de Macroconsult²¹, afecta la sostenibilidad financiera del servicio de compartición según indica TESUR.

Indica TESUR que justamente para evitar que el titular de la infraestructura termine asumiendo un costo OPEX incremental que no le corresponde, la variable "Na" nunca ha tenido un valor asignado en el Reglamento de la Ley N° 29904 ni lo tiene hoy con la RVM N° 768. Sin embargo, el OSIPTEL interpreta que ahí donde la fórmula dice "Número de Arrendatarios", no debería decir eso, sino tres (3) (NA = 3) porque considera que dicho valor es el más adecuado y por eso decide establecer en el Mandato de Compartición que el valor que las partes deben asignar a la variable "Na" es tres (3).

TESUR sostiene que esta es una interpretación abiertamente ilegal que determina que el OSIPTEL haya transgredido las garantías más esenciales del principio de Legalidad²²

²¹ "Entonces, asumir que el único arrendatario (Azteca Perú) pague una parte proporcional [1/3] de costo incremental total, afecta la sostenibilidad financiera de servicio complementario de compartición de infraestructura eléctrica" (...) "En estos casos, la porción no retribuida de los costos fijos deberá ser asumida por el arrendador, afectando la eficiencia distributiva para el mercado, ya que la empresa eléctrica no lograría cubrir el Opex incremental vinculado al servicio de telecomunicaciones. Esto podría generar una situación de expropiación regulatoria ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones. Dicha situación resultaría en un subsidio cruzado del concesionario de servicios públicos de energía eléctrica al operador de servicios públicos de telecomunicaciones. En la medida que el riesgo relacionado a la cobertura de los costos fijos sería asumido por la empresa eléctrica, sin obtener el pago del total del costo incremental por la prestación de la infraestructura compartida."

²² "Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:



que buscan asegurar que la actuación de la Administración no sea arbitraria sino, por el contrario, se ajuste plenamente al marco legal:

Agrega TESUR que la interpretación que efectúa el OSIPTEL de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, ha llegado a niveles insólitos que no hacen sino demostrar que el regulador ya no tiene otra salida más que improvisar argumentos sin mayor lógica. Indica TESUR que hay un nuevo argumento desarrollado por el OSIPTEL en torno a la variable “h” de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, según el cual el OSIPTEL afirma que, a partir del soporte de la RDNFO en la infraestructura de TESUR, se generan dos tipos de costos OPEX incrementales: (i) un costo OPEX incremental fijo; y (ii) un costo OPEX incremental variable. El primero, según sostiene, habría sido considerado en la variable “h” de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y consistiría en costos asociados a limpieza, poda, costos generados por actividades extraordinarias, exigencias y/o dificultades, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores. Por su parte, el costo OPEX incremental variable -el cual no ha sido identificado por OSIPTEL- estaría considerado, según afirma el Regulador, en la variable “f” de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Señala TESUR que nada de lo señalado por el OSIPTEL en el párrafo anterior encuentra sustento en las normas vigentes, que en ningún caso diferencian costos incrementales “fijos” de costos incrementales “variables”. Sin embargo, de acuerdo con el OSIPTEL, la referida distinción se desprendería del siguiente extremo del Informe 292-MTC elaborado por el MTC para sustentar la emisión de la RVM N° 768:

“2.5.3 Aclaración sobre los costos incrementales

(...)

*Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causas 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)**”.*
(El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

Indica TESUR que de este párrafo, el OSIPTEL concluye lo siguiente:

*“El informe citado aclara que el parámetro “h” (...) **incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la variable “h” incluye no solo 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.**”*

(El resaltado y subrayado es agregado por TESUR).

1.1. Principio de legalidad.- **Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho**, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (...). (El resaltado y subrayado es agregado por TESUR)



Por eso, señala el OSIPTEL “no es cierto que TESUR no recupere sus costos incrementales fijos (...) dicha recuperación se concreta con la aplicación de la fórmula, a través de un parámetro distinto del “f”. TESUR manifiesta que la conclusión a la que arriba el OSIPTEL a partir de lo señalado por el MTC en el Informe 292-MTC no solo no tiene ningún sustento en el propio texto del informe citado, sino que contraviene directamente la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Indica TESUR que, en primer lugar, en ningún lado de la cita del Informe 292-MTC transcrita líneas arriba se menciona siquiera la existencia de un costo OPEX incremental fijo y un costo OPEX incremental variable. Menos aún, indica TESUR, se señala que la variable “f” represente el costo OPEX incremental de la infraestructura eléctrica cuando ésta es compartida. Por el contrario, como su propio texto lo dice, el Informe 292-MTC señala que la variable “h” es el porcentaje del VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) correspondiente al costo anual de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica. Señala TESUR que, el OSIPTEL interpreta el Informe 292-MTC y crea figuras -como el concepto de OPEX incremental variable- que nadie, ni siquiera el MTC, ha mencionado. Pero, además, lo señalado en el Informe 292-MTC y que el OSIPTEL repite respecto de que el costo OPEX incremental “fijo” ya es considerado en la variable “h” de la fórmula, es equivocado a decir de TESUR.

Manifiesta dicho concesionario eléctrico que la variable “h” de la fórmula refleja un componente de la infraestructura eléctrica de TESUR que no considera la compartición. Para demostrar lo indicado, se remite al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 que lo señalaría con claridad:

$$OMc = f \times OMs$$

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
$OMs = \frac{f}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	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



Indica TESUR que, la variable “h” forma parte del componente “OMs” de la fórmula. Esta variable “OMs”, como lo indica la norma, es el costo OPEX sin compartición, es decir, sin considerar el apoyo de los cables de la RDNFO.

Por lo tanto, señala TESUR que la variable “h” no tiene relación alguna con el costo OPEX incremental que se genera con la compartición. Por el contrario, dicho valor es definido por OSINERGMIN al aprobar el VNR de la infraestructura eléctrica, sin considerar soporte alguno. TESUR indica que esto es reconocido por el Informe N° 272-2013-MTC/26 del MTC con el que se sustentó la propuesta del Reglamento de la Ley N° 29904 en el año 2013. En este informe, el MTC señala que la variable “h”:

“se tomó del estudio VAD [Valor Agregado de Distribución] 2009, [aprobado mediante Informe N° 0002-2011-GART de OSINERGMIN], que contempla el 13.4% del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) para determinar el Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) para las zonas de Sector Típico 2 en Media Tensión y Baja Tensión”.

(El resaltado y subrayado es agregado).

Señala TESUR que se trata de un valor que viene dado por el marco legal eléctrico, específicamente, el costo OPEX anual de la infraestructura eléctrica respecto del Valor Nuevo de Reemplazo utilizado por OSINERGMIN para la fijación de las tarifas de distribución eléctrica, y se trata de un valor fijado y calculado para soportar únicamente los cables eléctricos y no cables adicionales. Nada tiene que ver, entonces, la variable “h” con el costo OPEX incremental generado a partir de la compartición de la infraestructura de TESUR.

Indica TESUR que, además, del propio texto de la norma se puede ver claramente cuál es el componente de la fórmula que sí representa el costo OPEX incremental con compartición, que es el componente “OMc”, del que forma parte la variable “f”:

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

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 retomo mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta



TESUR indica que, el costo OPEX incremental de la infraestructura eléctrica, cuando ésta es compartida, está representado por el componente "OMc" cuyo valor se determina aplicando la variable "f" de la fórmula.

De lo expuesto, TESUR considera que queda claro que el OSIPTEL no solo interpreta equivocadamente lo señalado por el Informe 292-MTC en lo referido a la variable "h" (donde el MTC no distingue entre costo OPEX incremental fijo y variable), sino que se equivoca al sostener que la variable "h" contiene el costo OPEX incremental fijo cuando la infraestructura es compartida. Lo cierto es que la variable "h" representa el costo OPEX anual (no incremental) de la infraestructura eléctrica definido por OSINERGMIN, sin considerar compartición alguna.

Señala TESUR que lo anterior evidencia que las interpretaciones que ha realizado el OSIPTEL para tratar de justificar el Mandato de Compartición son manifiestamente contrarias al principio de Legalidad porque se encuentran en abierta contradicción con el texto de la propia norma. Por lo tanto, solicitan al Consejo Directivo declarar nulo el Mandato de Compartición conforme al artículo 10^{o23} del TUO de la LPAG, al haber sido emitido de manera absolutamente contraria al marco legal.

4.1.5 Sobre las condiciones legales y económicas impuestas por OSIPTEL en el Mandato de Compartición.

TESUR señala que en el Anexo 1 del Mandato de Compartición, el OSIPTEL ha establecido las condiciones legales y económicas que regirán y serán incorporadas en el Contrato. Al respecto indica que una de estas condiciones es la obligación de AZTECA PERÚ de otorgar, a favor de TESUR, una carta fianza por un monto equivalente a un (1) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la infraestructura de TESUR, con la finalidad de asegurar el pago oportuno de la contraprestación.

Sobre el particular, TESUR informa que, a la fecha, hay siete (7) facturas por el acceso y uso de la infraestructura de TESUR que se encuentran pendientes de pago por parte de AZTECA PERÚ y que esta empresa se niega a pagar, las cuales corresponden a los meses comprendidos entre agosto 2017 y febrero 2018.

Señala TESUR que esto debe ser considerado por el OSIPTEL a efectos de adecuar el monto de la carta fianza que AZTECA PERÚ está obligada a emitir a su favor, dada la negativa de dicha empresa de cumplir con los montos que adeuda a TESUR por las retribuciones devengadas hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición.

En esa línea, y dado que el propósito de la carta fianza es asegurar el pago oportuno de la contraprestación, TESUR solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL establecer que la

²³ Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)"



carta fianza establecida en el Anexo 1 del Mandato de Compartición, debe ser otorgada por AZTECA PERÚ por un monto equivalente a diez (10) retribuciones mensuales. Señala que a los montos actualmente adeudados deben agregarse no sólo los intereses, sino el tiempo y costo que demandará a TESUR hacer efectivo el cobro de toda esta deuda.

4.2. POSICIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE TESUR.

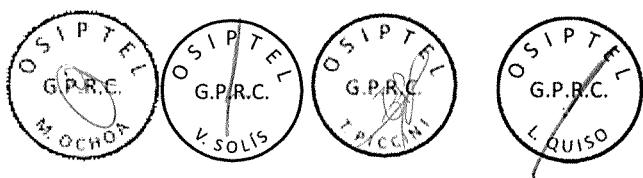
4.2.1 El Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un Mandato de Compartición.

AZTECA PERÚ sostiene que TESUR, en su recurso de reconsideración, insiste en argumentar que el Consejo Directivo no es competente para modificar las condiciones económicas del Contrato a través de un mandato. En esa línea, señala que la empresa eléctrica reitera sus mismos argumentos, que no tienen respaldo alguno, señalando que la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre compartición de infraestructura únicamente establecen 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, TESUR erradamente considera que el Consejo Directivo emitió un mandato modificando la contraprestación por uso compartido de infraestructura inicialmente pactada sin ser competente, por lo que dicho acto es nulo al vulnerar el principio de legalidad.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ manifiesta que TESUR falsamente quiere aparentar que el Consejo Directivo emitió un mandato excediendo sus facultades y vulnerando el principio de Legalidad. Indica que el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332 establece que 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 por AZTECA PERÚ).

Indica AZTECA PERÚ que precisamente, la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como el 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.

AZTECA PERÚ sostiene en cuanto al despliegue y operación de la RDNFO, que el artículo 32 de la Ley de Banda Ancha establece que el OSIPTEL está facultado para 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 Ancha²⁴.

Por lo tanto, AZTECA PERÚ considera 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) como lo continúa alegando TESUR. Por el contrario, para AZTECA PERÚ 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.

Precisa AZTECA PERÚ no estar frente a una competencia irrestricta del Consejo Directivo para dictar mandatos como erróneamente alega TESUR. En efecto, la competencia para dictar un mandato no constituye una facultad exorbitante e ilimitada que en todo momento pueda suplantar la voluntad de las partes, sino que se encuentra delimitada al supuesto contemplado en la Ley de Banda Ancha: se ejerce para garantizar el cumplimiento de la normativa imperativa que resguarda un interés público superior vinculado al acceso y uso compartido de infraestructura para permitir la operatividad de la Red Dorsal. Es más, incluso la emisión del Mandato de Compartición en este caso ocurrió luego de que no existiera un acuerdo de voluntades entre TESUR y AZTECA ante una renegociación de la contraprestación pactada inicialmente, por lo que no puede sostenerse que el Consejo Directivo emite mandatos para modificar arbitrariamente contratos de compartición.

Señala AZTECA PERÚ que, en el presente caso, lo que 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 no respetaba el precio máximo legal que corresponde en aplicación de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904. En ese orden de ideas, el desacuerdo de la renegociación obedeció a que TESUR se rehusó a aplicar los valores correctos de las variables de la referida Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, continuó exigiendo el pago de una contraprestación que al menos excedía tres veces el tope legal.

²⁴ "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. (...)"

(énfasis y subrayado agregado por AZTECA PERÚ).



AZTECA PERÚ indica que esta situación le resulta insólita, pues TESUR, 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.

Sostiene AZTECA PERÚ que lo que pretende TESUR 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 de la Ley N° 29904, lo cual es incorrecto. En efecto, la Ley N° 27332 y la Ley N° 29904 no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Indica AZTECA PERÚ que, TESUR continúa afirmando que el Reglamento definiría el alcance de las competencias del OSIPTTEL y establecería límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, cuando ésta es una interpretación errada puesto que de ninguna manera primará el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

AZTECA PERÚ manifiesta que a diferencia de lo que TESUR alega en sus escritos, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley N° 27332 y la Ley N° 29904. Por ello, el Reglamento de esta última ley 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, el Mandato de Compartición emitido 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 OSIPTTEL se sustenta precisamente en la ley.

Señala AZTECA PERÚ adicionalmente, que el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 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 OSIPTTEL 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. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, no se limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato, 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, señala AZTECA PERÚ que de la lectura conjunta de la normativa de compartición, se entiende que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTTEL 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.



Indica AZTECA PERÚ que 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, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley N° 29904. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la RDNFO hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger real y efectivamente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la RDNFO, en las que dicha entidad se encontraría impedida de intervenir.

Sobre este punto, AZTECA PERÚ señala que TESUR alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la RDNFO no habilita al OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y modificar el Contrato. Sin embargo, señala que, la normativa vigente es la que otorga facultades expresas al Consejo Directivo para emitir mandatos en el ámbito de su competencia, entre las que se encuentra asegurar el cumplimiento de la legislación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, sin que existan restricciones de ningún tipo, menos de un límite temporal.

AZTECA PERÚ manifiesta que, el hecho que el OSIPTEL tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público como el que respalda el acceso de su parte a la infraestructura de TESUR, 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 RDNFO de manera ininterrumpida. Lo cierto es, indica AZTECA PERÚ, que si el Consejo Directivo no emitía el Mandato de Compartición hubiese dejado de ejercer su competencia y, con ello, hubiese desprotegido el interés público.

Indica AZTECA PERÚ que, como ha podido evidenciarse, la oportunidad para que se emita un mandato vinculado a asegurar el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones se dará 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 alega TESUR, 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 energía eléctrica, el Consejo Directivo emitió un Mandato de Compartición en este caso y modificó 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).

AZTECA PERÚ señala que debe recordarse que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará



sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación²⁵. 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. Por ello, señala AZTECA PERÚ que la diferencia normativa a que se refiere TESUR entre la regulación de interconexión y compartición, no implica de forma alguna que el Consejo Directivo del OSIPTEL no cuente con facultades para la emisión de un mandato de compartición en el presente caso, pues ambos son mercados regulados en los que se protegen intereses públicos.

AZTECA PERÚ, en atención a lo expuesto, considera que en el ejercicio de su función normativa, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió el Mandato de Compartición, cumpliendo su rol de salvaguardar las finalidades públicas. En consecuencia, 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 y, por ende, el Mandato de Compartición no es nulo, sino que goza de absoluta validez.

4.2.2 Se han respetado los derechos de debido procedimiento y de defensa de TESUR.

AZTECA PERÚ manifiesta que es totalmente falso que el Consejo Directivo haya cambiado su argumentación en el Mandato de Compartición. Considera que con esta argumentación TESUR está demostrando que intenta desesperadamente restarle eficacia a una decisión que resguarda el cumplimiento de la normativa, debido a que reduce la contraprestación abusiva que exigió a AZTECA PERÚ desde la suscripción del Contrato. Señala AZTECA PERÚ que está claro que TESUR sólo busca continuar abusando de su posición de dominio respecto de la infraestructura eléctrica, a fin de que tenga que retribuirle cualquier monto para cumplir con las obligaciones que le demanda el Contrato.

Resalta AZTECA PERÚ que en el Proyecto de Mandato y en el Mandato de Compartición no se argumentó en ningún momento que la RVM N° 768 haya modificado el valor del denominador "Na" ni que el OSIPTEL sea competente para modificar el valor de alguna variable de la Metodología. Considera que no es cierto lo que alega TESUR, puesto que, en todo momento, el Consejo Directivo ha aplicado la fórmula de la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 para determinar la contraprestación del Contrato. En ese orden de ideas, en los pronunciamientos de la autoridad siempre se ha reconocido que el valor del "Na" es aquel que fue asignado por el MTC cuando emitió la Metodología en el Reglamento de la Ley N° 29904, pues el valor se origina en el sustento mismo de la fórmula.

²⁵ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



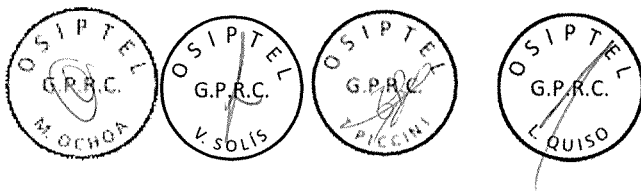
Señala AZTECA PERÚ que, de la revisión del acápite referido a la contraprestación por uso de infraestructura del Contrato en el Proyecto de Mandato y Mandato de Compartición, se puede observar con claridad que ambos pronunciamientos interpretan la normativa vigente para señalar cómo es que deben aplicarse correctamente los valores de las variables de la Metodología. Así, en el Proyecto de Mandato y en el Mandato de Compartición evalúan lo explicado en el Informe 292-MTC, para concluir que la fórmula metodológica prevista en el Reglamento de la Ley N° 29904 siempre asumió que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).

Considera AZTECA PERÚ que según el errado criterio de TESUR, la siguiente diferencia en la redacción en el Proyecto de Mandato y en el Mandato de Compartición sería el supuesto nuevo argumento que vulneró sus derechos al debido procedimiento y defensa:

Proyecto de Mandato	Mandato
<i>“En conclusión, el valor que corresponde aplicar como Número de Arrendatario (Na) es tres (3) debido a que el valor del parámetro “f” dimensionada bajo la premisa de que la infraestructura soportará hasta tres (3) cables de fibra óptica, lo cual se fundamenta en la metodología descrita en la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017- MTC/03 y su informe sustentatorio, así como en la normativa aplicable.”</i>	<i>“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 (3), lo cual es coincidente con los criterios de precios de la normativa en general.”</i>

AZTECA PERÚ manifiesta que ambas conclusiones expresan exactamente lo mismo utilizando distintas palabras: que en atención a sus facultades para emitir un mandato y modificar la contraprestación por el uso compartido de infraestructura se establece que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), lo que tiene sustento en la normativa sobre la materia. Carece de sentido que, únicamente porque las conclusiones no fueron redactadas de la misma manera en el Proyecto de Mandato y en el Mandato de Compartición, ello pueda significar que existe un nuevo argumento del que TESUR no pudo defenderse.

Señala AZTECA PERÚ que la diferencia en el fraseo de las conclusiones del acápite de la contraprestación por uso compartido de infraestructura del Mandato de Compartición a la que TESUR hace referencia en su reconsideración, únicamente evidencia un cambio en la redacción para concluir lo mismo que en el Proyecto de Mandato. De ningún modo el cambio de redacción significa un cambio en la argumentación del Consejo Directivo para concluir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), por el contrario como se puede observar los fundamentos siguen siendo exactamente los mismos en el Proyecto de Mandato y Mandato de Compartición.



AZTECA PERÚ menciona que si es que TESUR alegó a lo largo del procedimiento que la RVM N° 768 no modificó el “Na” debido a que entendió que esa fue la argumentación del Proyecto de Mandato, pues constituye un error pero precisamente cometido con ocasión del ejercicio de su derecho de defensa, al no presentar argumentos que desestimen la real posición del Consejo Directivo: el valor igual a tres (3) del denominador “Na” se origina en la concepción propia de la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904. Del mismo modo, no se vulnera el derecho al debido procedimiento ni el de defensa que TESUR no haya podido refutar un argumento inventado por ellos mismos, sobre la presunta competencia del OSIPTEL para asignar y modificar valores de las variables de la Metodología.

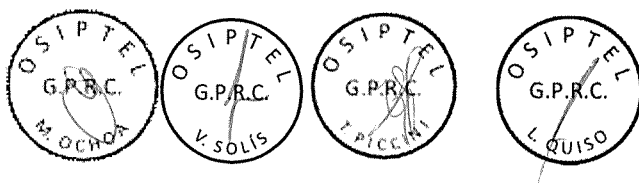
En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ considera que se ha podido evidenciar que no se han vulnerado los derechos de debido procedimiento y de defensa de TESUR. Por el contrario, es claro que la alegación referida al nuevo argumento expuesto en el Mandato de Compartición constituye un hecho falso e inexistente, puesto que el OSIPTEL no ha afirmado que tenga facultades para modificar el valor del denominador “Na”. En consecuencia, el Mandato de Compartición emitido en el presente caso es un acto válido y eficaz.

4.2.3 OSIPTEL, no ha vulnerado el principio de Predictibilidad y Confianza Legítima.

AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de TESUR, el OSIPTEL no podría modificar la contraprestación por uso compartido de infraestructura pactada inicialmente en el Contrato ni tampoco podría señalar que el valor del denominador “Na” es distinto a uno (1), toda vez que cuando tuvieron acceso a dicha información con la remisión del Contrato y la absolución de un requerimiento de información, no se realizó observación alguna. Por ello, considera TESUR que ahora no podrían cambiarse estos valores, dado que significaría una vulneración al principio de predictibilidad y confianza legítima.

Señala AZTECA PERÚ que, nuevamente, la argumentación de TESUR refleja que está intentando por cualquier medio que el Mandato de Compartición sea declarado nulo, pese a que sus alegaciones no tienen fundamento. Ciertamente, en el ámbito de sus facultades, el OSIPTEL puede requerir información a los administrados, que fue el contexto en el que tuvieron acceso inicial al Contrato y a la respuesta del requerimiento de información que señalaba que el valor del denominador “Na” había sido calculado en atención al número de arrendatarios reales.

Sin embargo, AZTECA PERÚ sostiene que la solicitud de información para conocimiento de las autoridades de la Administración Pública, como el OSIPTEL, no implica que su actuación ante la vulneración de normativa imperativa sobre uso compartido de infraestructura se encuentre limitada temporalmente a los días posteriores de acceder a dicha información. En efecto, el OSIPTEL es competente para resguardar el efectivo cumplimiento de la normativa en materia de telecomunicaciones y, en este caso, de uso compartido de infraestructura en todo momento, sin que exista un tiempo en el que prescriba su función como organismo regulador.



AZTECA PERÚ señala además que se tiene que tener en cuenta que una vulneración al principio de predictibilidad o confianza legítima significaría que el Consejo Directivo hubiese emitido incontables mandatos en casos anteriores en los que señale que la fórmula metodológica del Reglamento de la Ley N° 29904 disponía desde su origen que el valor del denominador era otro distinto a tres (3), y que únicamente en el presente caso hubiese cambiado su criterio sin ninguna argumentación. No obstante, este no ha sido el caso, puesto que en anteriores oportunidades el Consejo Directivo no había emitido pronunciamientos en el marco de la regulación de la Ley N° 29904, que constituye una norma imperativa que fija un precio máximo que debe respetarse.

Agrega AZTECA PERÚ que, sin perjuicio de que en este caso no se ha cambiado sin fundamento un criterio recogido en anteriores pronunciamientos, el principio de predictibilidad o de confianza legítima no se habrá vulnerado aún si es que la autoridad de la Administración Pública cambia el sentido de reiterados pronunciamientos, siempre que el nuevo criterio se encuentre debidamente sustentado. En ese caso, no sólo no existe un cambio de criterio, sino que la decisión tomada se encuentra debidamente motivada en el informe que sustenta el Mandato de Compartición.

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL en ningún momento reconoció que la contraprestación por uso compartido de infraestructura pactada entre TESUR y AZTECA PERÚ en el Contrato estuviera de acuerdo a la normativa vigente, y no puede ampararse un argumento tendencioso que busca atribuir un significado a la falta de actuación inmediata de la autoridad al conocer dicha información por la remisión del Contrato y la absolución de un requerimiento de información. De acuerdo con lo señalado, la emisión del Mandato de Compartición no ha vulnerado el principio de predictibilidad ni de confianza legítima.

4.2.4 El valor igual a tres (3) del denominador “Na” tiene sustento en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

AZTECA PERÚ indica que TESUR continúa alegando que señalar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) contraviene el principio de Legalidad, dado que a su errado criterio la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 indicaría que el valor es igual al número de arrendatarios reales que, en este caso, sería igual a uno (1). Es más, reitera que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario (“Na” igual a 1), pues de lo contrario, TESUR terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ.

AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. Así, pues, el sustento del Consejo Directivo para afirmar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se encuentra en el razonamiento económico de la fórmula fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, puesto que cuando el MTC estableció la fórmula metodológica



asumió que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Ello, consta en el informe del 2013 que sustentó el Reglamento de la Ley N° 29904 y se corrobora en el Informe 292-MTC del 2017 que sustentó la RVM N° 768.

En ese contexto, señala AZTECA PERÚ que en el informe que sustenta el Mandato de Compartición se ha explicado que, en tanto la Metodología para determinar el costo incremental considera lo que significaría para el valor de la infraestructura el peso de cables apoyados en ella, es que, precisamente, el MTC optó por fijar una fórmula que recompense a las empresas eléctricas que comparten su infraestructura por el desgaste que pueda ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica. Ello, obedece a que en el Informe 292-MTC que sustentó la RMV N° 768 se desarrolló que, para determinar el costo incremental, se partió de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura son tres (3) cables. Siendo ello así, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables tiene un impacto de 18.3% (valor del factor “f”) sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torre/Poste (desgaste de la torre por el peso adicional de 3 cables).

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

Por consiguiente, AZTECA PERÚ considera que no es cierto 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). De ese modo, como lo ha reconocido el Consejo Directivo, es indispensable que se individualice el costo para que AZTECA PERÚ u otros operadores no asuman el costo incremental de cables inexistentes que no generan desgaste en la infraestructura.

AZTECA PERÚ manifiesta que TESUR vuelve a indicar que, si la Metodología aceptara un valor igual a tres (3) para el denominador “Na” lo habría consignado expresamente, pero la propia norma lo habría dejado como una variable abierta y cambiante que asumirá un valor distinto en cada caso. Sobre este punto, recuerda que el parámetro “f” y el denominador “Na” se encuentra íntimamente conectados, por ello atendiendo a que el Reglamento de la Ley N° 29904 permite que el MTC modifique el valor del factor “f”, no podría haberse consignado siempre un valor igual a tres (3) para el denominador “Na”. Así, por ejemplo, como ya fue señalado con anterioridad, el Proyecto de



Resolución Viceministerial 215-2015- MTC/03, publicada en El Peruano el 15 de Junio del 2015, proponía un valor del parámetro “f” de 4.3%, en tanto sólo consideraba el peso por el apoyo de un cable, por lo que, de haberse aprobado esa modificación, el valor correcto del “Na” hubiese sido igual a uno (1).

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ señala que determinar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por TESUR, 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. En tal sentido, el Mandato de Compartición emitido en este caso tiene absoluta validez y su decisión se respalda en el marco legal vigente sobre uso compartido de infraestructura.

4.2.5 Sobre las nuevas condiciones económicas establecidas en el Mandato de Compartición.

AZTECA PERÚ manifiesta que la cláusula de contraprestación establecida en el Mandato de Compartición tiene respaldo en la normativa vigente sobre uso compartido de infraestructura²⁶. En ese orden de ideas, es necesario solo una carta fianza por el valor de una contraprestación mensual para asegurar el pago oportuno de la retribución desde la emisión del mandato.

Indica que, como ha sido precisado por el propio Consejo Directivo, el Mandato de Compartición no puede regular situaciones anteriores a su emisión, puesto que sus efectos son hacia adelante en el tiempo y, en ese sentido, no podría considerar cualquier situación ocurrida entre las partes antes de que fuera emitido. Es más, el propio TESUR ha indicado que de ningún modo lo que ordene el Mandato de Compartición podría tener algún efecto en la relación de compartición previa a la decisión, por lo que es contradictorio que ahora pretenda que la carta fianza si pueda reconocer cualquier situación anterior a la resolución de Consejo Directivo que lo aprobó.

En consecuencia, AZTECA PERÚ señala que corresponde desestimar el pedido de TESUR para que se modifique el valor de la carta fianza que AZTECA PERÚ tiene que

²⁶ Decreto Supremo 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley de Banda Ancha

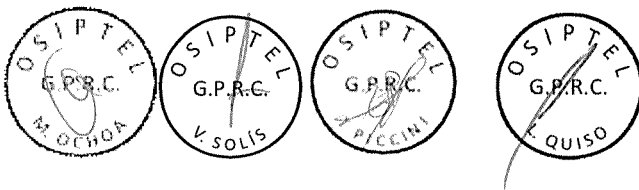
Artículo 30- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos

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

30.2 La contraprestación inicial única considerará la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico o de hidrocarburos para prestar el acceso y uso a su infraestructura, y las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

30.3 La contraprestación inicial única y las contraprestaciones periódicas, serán asumidas por quien tenga el derecho a utilizar la infraestructura compartida respectiva.

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



presentar en el marco de sus obligaciones del Contrato, puesto que las condiciones económicas que deben regir la relación de compartición ya han sido establecidas en atención al marco normativo vigente. Asimismo, señala que debe recordar que el Mandato de Compartición únicamente regula situaciones futuras y, de ningún modo, tiene incidencia de la relación de compartición anterior a su emisión.

4.3. POSICIÓN DEL OSIPTEL.

4.3.1 Sobre el presunto avocamiento indebido en el que habría incurrido el OSIPTEL.

Respecto del argumento de TESUR la emisión del mandato constituye un avocamiento indebido del OSIPTEL de un caso pendiente ante un órgano jurisdiccional, se reitera lo señalado en respuesta al referido argumento en el numeral 4.2.6.2 (ítem “*Sobre el arbitraje iniciado por TESUR*”) del Informe N° 00048-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Compartición.

En ese sentido, considerando que en su recurso de reconsideración TESUR se limita a reiterar que el OSIPTEL habría incurrido en un presunto avocamiento indebido sin fundamentar la razón, nos remitimos a lo señalado en el citado Informe N° 00048-GPRC/2018, en el que se detalla, entre otros temas, 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 según el marco jurídico descrito en el propio Mandato de Compartición y que se vuelve a mencionar en párrafos subsiguientes.

Se reitera además que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que hubiese implicado la abstención en el ejercicio de la referida atribución, habría sido nulo conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG²⁷.

4.3.2 Sobre la supuesta falta de competencia del OSIPTEL para modificar el Contrato a través de un mandato.

En su recurso de reconsideración TESUR reitera que el OSIPTEL carece de competencia para modificar el Contrato a través de un mandato de compartición, debido a que, a su entender, el marco legal no lo habilitaría para ello.

Al respecto, se reitera lo indicado en el Informe N° 00048-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición, respecto a que, conforme al régimen jurídico aplicable al Contrato, este Organismo Regulador sí cuenta con competencias para modificar, mediante un mandato, una relación de compartición de infraestructura creada a través

²⁷ “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.”



de un contrato, cuando las partes de dicho contrato no hayan acordado entre ellas la modificación requerida por la parte respectiva en el plazo de negociación regulado.

En ese sentido, el entendimiento de TESUR, según el cual el régimen jurídico aplicable al Contrato única y exclusivamente habilita al OSIPTEL a emitir un mandato que cree una relación de compartición, pero que bajo ninguna circunstancia lo habilita a emitir un mandato que regule, modifique o incluso extinga dicha relación, es incoherente no solo con las disposiciones de la Ley N° 29904 y su Reglamento, sino también con el marco constitucional y legal del cual forma parte la citada Ley N° 29904, que TESUR menciona en su recurso de reconsideración pero que entiende erradamente, como se demuestra a continuación.

- **Alcances del artículo 58 de la Constitución en la materia resuelta en el Mandato de Compartición.**

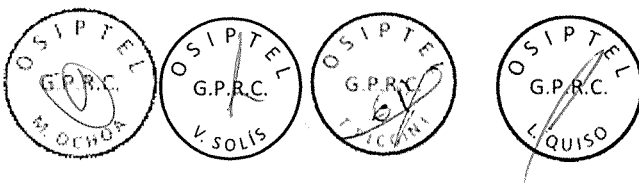
En primer término, se debe enfatizar que la relación de compartición de infraestructura que TESUR y AZTECA PERÚ crearon el 25 de noviembre de 2015, se encuentra en un ámbito en el que la iniciativa privada debe ser ejercida necesariamente conforme a reglas que define el Estado, en tanto se refiere a provisión de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos y *ésta una materia constitucionalmente reservada para la actuación principal del Estado*. Así lo dispone expresamente el artículo 58 de la Constitución^[1] que ha sido mencionado por TESUR en su recurso de reconsideración.

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

En efecto, la Ley N° 29904 es una ley que, en su artículo 13, limita la autonomía de la voluntad privada y las libertades de contratar y de estipulación de los titulares de la infraestructura de energía (v.g. concesionarios eléctricos) y de los usuarios de esta infraestructura (v.g. operadores de telecomunicaciones), con el objetivo de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones masifiquen la Banda Ancha. Ello, sobre la base de la previa declaración de necesidad pública e interés nacional contenida en el artículo 3, numeral ii), de la propia Ley N° 29904; y considerando que el marco constitucional admite la limitación, restricción o intervención sobre las libertades y derechos de los particulares, cuando ello resulta necesario, entre otros fines, para tutelar bienes de relevancia jurídica constitucional^[2].

^[1] "Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." [el subrayado es agregado]

^[2] Cfr. fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el EXP. N.° 00004-2010-PI/TC: "En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna



Cabe indicar que la razonabilidad de la decisión legislativa contenida en el artículo 13 de la Ley N° 29904, radica en el hecho de que la infraestructura eléctrica es una facilidad esencial para el desarrollo de redes de telecomunicaciones, que brinda a los titulares de dicha infraestructura información asimétrica y poder de negociación frente a los solicitantes de la infraestructura que, en ausencia de intervención regulatoria, puede llevar a soluciones ineficientes que trasladarán dichas ineficiencias a mercados finales, reduciendo para la población la oferta de servicios de Banda Ancha y/o incrementando los costos para su acceso.

Por ello, el propio Congreso de la República ha dispuesto que en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones, el Estado intervenga a través de un Organismo Regulador para asegurar el uso de la infraestructura eléctrica en condiciones de eficiencia, como mecanismo para promover la competencia y expansión en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de Banda Ancha.

Las referidas limitaciones a las libertades de los concesionarios de energía eléctrica y de los operadores de telecomunicaciones, en lo que se refiere a la provisión del acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, se observan con claridad en el artículo 13.1 de la Ley N° 29904, cuando impone a los concesionarios de energía la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, para hacer posible el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha, limitando a dichos concesionarios la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente.

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

- **Aplicación del artículo 62 de la Constitución en la materia resuelta en el Mandato de Compartición.**

Para el OSIPTEL queda sumamente claro que la autonomía de la voluntad privada y las libertades constitucionales de contratar y de estipulación, establecidas en el artículo 62 de la Constitución –mencionado por TESUR en su recurso de reconsideración–, tienen

medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto." [el subrayado es agregado]



límites especiales cuando se ejercitan en una materia dentro del ámbito de la Ley N° 29904, para crear, modificar, regular o extinguir las relaciones de compartición de infraestructura que permitan el despliegue de redes de telecomunicaciones para masificar la Banda Ancha.

Por consiguiente, el entendimiento de TESUR según el cual el régimen jurídico aplicable al Contrato sólo faculta expresamente al OSIPTEL a establecer una relación contractual cuando las partes no se ponen de acuerdo para crear una relación de compartición, es totalmente incorrecto, por lo siguiente:

- (i) El artículo 62 de la Constitución cuando se refiere a relaciones contractuales que surgen en el ámbito de la Ley N° 29904, se debe aplicar no solo de manera coherente con el antes citado artículo 58 de la Constitución, sino con los artículos 61 y 119 de la norma constitucional.

El citado artículo 61 impone al Estado el deber de facilitar la libre competencia y, precisamente, con la Ley N° 29904 se promueve la competencia en los mercados de telecomunicaciones facilitando que los competidores de estos mercados hagan un uso eficiente de la infraestructura disponible con sujeción a condiciones reguladas; en tanto que el artículo 119 de la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- la atribución de dirigir los servicios públicos^[3].

Bajo dicho marco constitucional, el OSIPTEL ejerce respecto de la compartición obligatoria de infraestructura dispuesta por la Ley N° 29904, las funciones que le han sido encomendadas mediante ley orgánica^[4] relativas a *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.

Asimismo, la alternativa de intervención o no del Estado en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el desarrollo de las telecomunicaciones y el tipo de intervención que correspondería al Estado, ha sido claramente evaluada y resuelta por el Congreso de la República al aprobar los artículos 3.ii), 13 y 32 de la Ley N° 29904, decantándose por una intervención coherente con los artículos constitucionales antes citados, a través de un Organismo Regulador que vele por el cumplimiento de los fines de interés general que sustentan dicha intervención.

- (ii) En ese sentido, considerando el referido marco constitucional -dogmático y orgánico-, el Congreso de la República estableció en el artículo 32 de la Ley N° 29904, que el OSIPTEL *“es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 (...) de la presente norma, para lo cual podrá dictar las*

^[3] Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.

^[4] Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



disposiciones específicas que sean necesarias". En ese sentido, el OSIPTEL ha recibido la atribución de dictar aquellas disposiciones que resulten necesarias para que el artículo 13 de la Ley N° 29904 -que establece los límites a la autonomía privada, a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación antes expuestos-, se cumplan.

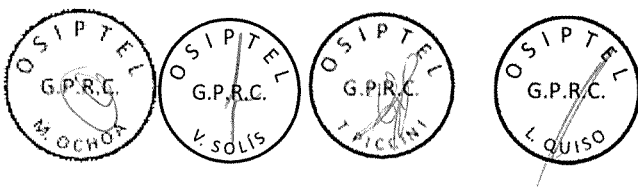
TESUR considera incorrectamente que el artículo 32 de la Ley N° 29904 recogería *"la función de supervisión del OSIPTEL en el ámbito de la RDNFO, que nada tiene que ver con la función normativa"*. Respecto de lo cual, se precisa, en primer término, que los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 tienen un alcance que trasciende a la RDNFO, en tanto se refieren a la compartición obligatoria de infraestructura de energía para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, sea ésta con inversión pública (como la RDNFO) o privada (como la de la gran mayoría de operadores del mercado).

Precisado lo anterior, se enfatiza que de acuerdo con la Ley N° 27332, la función supervisora que indica TESUR no es la que permite *"dictar las disposiciones específicas necesarias"* para asegurar el cumplimiento de un régimen regulado que debe ser observado por las partes de una relación de compartición, como lo establece la Ley N° 29904. En efecto, la función de supervisión es, conforme a ley²⁸, la *"facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas"*.

Es decir, la supervisión consiste en *"verificar"* obligaciones preexistentes y ello es evidentemente distinto de la facultad de *"dictar disposiciones específicas"* que crean obligaciones para los administrados. Esto último, claramente y sin duda alguna, corresponde a la función normativa a cargo de los Organismos Reguladores, que el OSIPTEL ha ejercido precisamente en el presente procedimiento de emisión de mandato.

- (iii) Bajo el marco constitucional y legal en mención, el Poder Ejecutivo reglamentó el artículo 13 de la Ley N° 29904 considerando un esquema regulatorio que, conservando la responsabilidad legal del OSIPTEL de velar por el cumplimiento del artículo 13 en mención, promovió el acercamiento de las partes (concesionario de energía y operador de telecomunicaciones) para el establecimiento y regulación consensuada de su respectiva relación de compartición de infraestructura. Sin embargo, de manera consistente con el artículo 32 de la Ley N° 29904, la reglamentación del precitado artículo 13 previó el supuesto en el cual el referido acercamiento no terminase en un acuerdo entre las partes, supuesto en el que correspondería al OSIPTEL

²⁸ Cfr. con el artículo 3.1, literal a), de la Ley N° 27332.



intervenir dictando las disposiciones específicas que en una relación de compartición de infraestructura concreta permitieran dar cumplimiento al citado artículo 13.

Cabe indicar que una alternativa distinta de reglamentación de la Ley N° 29904 con amparo legal, bien pudo haber sido que el OSIPTEL dictase las reglas específicas y necesarias para la compartición de un caso concreto, prescindiendo del acercamiento previo de las partes y que, en cualquier caso, el referido acercamiento fuese promovido por el OSIPTEL con posterioridad a la recepción de una solicitud de intervención. Sin embargo, el Poder Ejecutivo optó por la alternativa de promover acuerdos consensuados entre las partes en línea con soluciones adoptadas en otras materias de acceso obligatorio a instalaciones esenciales, en las que se prevé una intervención subsidiaria del regulador (p.ej. interconexión, infraestructura del Proveedor Importante, otros). Sin embargo, en ningún caso el esquema de reglamentación que adoptó el Poder Ejecutivo pudo haber omitido o dejado sin contenido la función que el artículo 32 de la Ley N° 29904 otorgó al OSIPTEL, de velar por el cumplimiento del artículo 13 de la citada Ley y por la cual, en su condición de Organismo Regulador, debe establecer reglas para el desarrollo eficiente de las relaciones de compartición de infraestructura.

- (iv) Las relaciones de compartición de infraestructura son relaciones de largo plazo por su naturaleza económica y técnica. En efecto, estas relaciones tienen por objeto el uso remunerado de infraestructura eléctrica por redes de telecomunicaciones por un tiempo que permita hacer viable un proyecto de inversión de telecomunicaciones, que de ordinario afronta costos elevados que se constituyen en barreras económicas para la expansión y creación de competencia en los mercados de telecomunicaciones. Un ejemplo de la naturaleza de largo plazo que se menciona, es el hecho que en el mismo Contrato las partes hayan acordado que su plazo sea *“por todo el plazo en que el Contrato de Concesión RDNFO se encuentre vigente”*^[5] y éste es de veinte (20) años, en principio, puesto que dicho plazo podría ampliarse^[6]. En relaciones jurídicas como las indicadas, lo esperable y razonable, económica y técnicamente, es que se puedan producir cambios en la configuración de la relación de compartición mientras ésta se encuentre en ejecución.
- (v) En el contexto jurídico y fáctico antes descrito, resulta legal, económica y técnicamente *imposible* que el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, contenga una disposición que haga referencia *“única”* y *“exclusiva”* –como lo sostiene TESUR- a un escenario en el cual las partes no hayan establecido su relación de compartición. Las referencias que menciona el concesionario eléctrico no se indican en ninguna parte del texto del citado artículo y menos aún podrían encontrarse implícitas en éste. Por el contrario, dicho artículo se

^[5] Cfr. con la Cláusula Cuarta del Contrato.

^[6] Cfr. con la Cláusula 7: Plazo de la Concesión, del contrato de concesión de la RDNFO de titularidad de AZTECA PERÚ.



refiere a un procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica por las redes de telecomunicaciones y esta prestación regulada es -como se ha señalado previamente- de largo plazo y debe ser duradera y sostenible para poder materializar el objeto de la Ley N° 29904, de desarrollar y masificar la Banda Ancha en todo el territorio nacional.

Se reitera que, bajo la realidad técnica y económica que subyace a las relaciones de compartición de infraestructura, el OSIPTEL ha recibido la atribución legal –dentro del marco constitucional respectivo- de dictar las disposiciones específicas que resulten necesarias para que se cumpla con la compartición de infraestructura obligatoria establecida en el artículo 13 de la Ley N° 29904, y dicha necesidad puede existir al inicio, durante o incluso para extinguir una relación de compartición de infraestructura.

- (vi) El Código Civil regula supletoriamente las relaciones contractuales sobre las cuáles existe actividad interventora del Estado sobre mercados regulados²⁹, siempre que sus disposiciones no sean incompatibles por su naturaleza. Aplicando los conceptos legales que este cuerpo normativo define con alcance general, resulta *imposible* llegar al entendimiento –que pretende sostener TESUR- según el cual un “contrato” tendría por único y exclusivo fin la *creación* de relaciones jurídicas, y que está vedado a los fines de un “contrato” la *regulación, modificación o extinción* de dichas relaciones. Se debe recalcar que un contrato es lo que la ley claramente establece qué es, y no lo que TESUR quiere forzar que sea sin absolutamente ningún sustento jurídico.
- (vii) En ninguna parte del Mandato de Compartición se ha sostenido, ni explícita ni mucho menos implícitamente, que el OSIPTEL entiende que sus facultades “son ilimitadas” o que “le permiten dictar todo tipo de mandatos en cualquier circunstancia”, como lo indica TESUR en su recurso de reconsideración. El OSIPTEL rechaza ese argumento y enfatiza que es sumamente estricto en el cumplimiento del principio de Legalidad definido en la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo³⁰ (en adelante, Ley N° 29158) y otras normas a las cuales ciñe su actuación, y en el presente procedimiento ha ejercido su función normativa y las competencias atribuidas por ley en materia de compartición de infraestructura eléctrica para el desarrollo de la Banda Ancha, observando de manera estricta el marco jurídico que ha sido citado en la sustentación del Mandato de Compartición y que se detallado en párrafos precedentes, absolviendo los cuestionamientos que, sin fundamento, TESUR ha señalado en su recurso de reconsideración.

En consecuencia, el entendimiento de TESUR de la Ley N° 29904 y su Reglamento que expone en su recurso de reconsideración, según el cual su relación de compartición de infraestructura creada contractualmente con AZTECA PERÚ con sujeción a la Ley N°

²⁹ Cfr. con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.

³⁰ Cfr. con el Artículo I de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



29904 se debe mantener inalterable así ésta le haya solicitado modificarla (al haber advertido que el Contrato no cumplía con el marco regulatorio aplicable), sin que el Estado pueda intervenir para velar por el cumplimiento del marco normativo respectivo; es un entendimiento jurídicamente incorrecto y debe ser descartado de plano, toda vez que vulnera:

- (a) Los artículos 58, 61 y 119 de la Constitución, en virtud de los cuales el Estado peruano debe dirigir y promover la masificación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en condiciones de competencia;
- (b) Los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, que establecen límites a la autonomía privada de las partes de una relación de compartición de infraestructura eléctrica y atribuyen competencia al OSIPTEL para intervenir en dichas relaciones para que se cumpla con los límites dispuestos; y,
- (c) Los artículos de las Leyes N° 27332 y N° 29158, que establecen la función normativa de los Organismos Reguladores para actuar sobre mercados de servicios públicos e infraestructura de uso público, ejerciendo, entre otras, su función normativa.

4.3.3 Sobre la supuesta vulneración al principio de Debido Procedimiento y el derecho de defensa de TESUR.

Respecto del argumento de TESUR según el cual el Mandato de Compartición tendría un argumento que no fue sometido al conocimiento y comentarios de las partes, se debe señalar que ello es incorrecto y obedece a lo que parecería ser una lectura distraída –asumiendo siempre una actuación de TESUR conforme al principio de buena fe procedimental- de los informes que sustentaron el Proyecto de Mandato (Informe N° 00220-GPRC/2017) y el Mandato de Compartición (Informe N° 00048-GPRC/2018).

En efecto, como se observa de la comparación de los informes que sustentan el Proyecto de Mandato y el Mandato de Compartición, se observa que en ambos informes el OSIPTEL ha sostenido de manera uniforme lo siguiente:

- Proyecto de Mandato (Pág. 61 del Informe N° 00220-GPRC/2017):

“(…)



PROYECTO PARA COMENTARIOS	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA
<p>El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación</p> <p>Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)</p> <p>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)</p>	<p>El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación</p> <p>Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)</p> <p>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)</p>

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a 03. Con dicho valor, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta (...)"

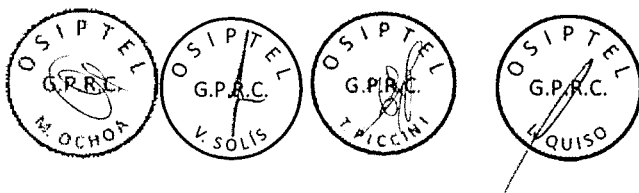
- Mandato de Compartición (Pág. 106-107 del Informe N° 00048-GPRC/2018):

"(...)"

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución N° 768-2017-MTC/03)
<p>El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación</p> <p>Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)</p> <p>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)</p>	<p>El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación</p> <p>Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)</p> <p>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)</p>

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 ese sentido, queda en evidencia que en ambos informes el OSIPTEL sostiene la misma argumentación, sin perjuicio de que en el Informe N° 00048-GPRC/2018 se hayan incorporado mejoras estrictamente de redacción para facilitar el entendimiento del Mandato de Compartición. Sin embargo, las ideas en ambos informes son las mismas, por cuanto siempre se señala que al haber el MTC considerado en la Metodología de la RVM N° 768 que la infraestructura eléctrica soporta tres (3) cables de



comunicación, el OSIPTEL ejerce su facultad de emitir el Mandato estableciendo que el “Na” aplicable debe ser igual a tres (3) en consistencia con la Metodología.

Consecuentemente, no existe variación en la fundamentación del Mandato de Compartición, siendo su sustento el mismo del Proyecto de Mandato y por ende se descarta cualquier afectación al debido procedimiento o al Derecho de Defensa de TESUR.

Asimismo, a efectos de aclarar la aparente lectura distraída de TESUR, es oportuno precisar que ni en el informe que sustentó el Proyecto de Mandato (Informe N° 00220-GPRC/2017) ni en el Informe que sustentó el Mandato de Compartición (Informe N° 00048-GPRC/2018), se ha sostenido que la Resolución N° 768-2017-MTC/03 haya modificado el valor de la variable “Na” de la Metodología, como lo alega TESUR. Lo que se ha sostenido y se reitera es que en la determinación del valor vigente del parámetro “f” (media y alta tensión), lo cual forma parte de la Metodología, el MTC ha considerado como “*costo de operación y mantenimiento incremental*”, el costo incremental generado por soportar en la infraestructura eléctrica objeto de compartición, el peso adicional de hasta tres (3) cables de fibra óptica (criterio de peso adicional como generador de costos³¹), razón por la cual, para determinar el costo incremental de soportar un (1) cable de fibra óptica debe considerarse la tercera parte del valor total dimensionado para soportar tres (3) cables de fibra óptica, lo cual permitirá obtener el costo económico incremental ocasionado por la compartición, por cada cable de fibra óptica instalado, que es el valor de la retribución mensual por arrendamiento establecido para TESUR.

Por lo señalado, queda descartada cualquier afectación al principio del debido procedimiento o al derecho de defensa de TESUR, por cuanto la motivación del Proyecto de Mandato y del Mandato de Compartición ha seguido una misma línea que, respecto de la variable “Na”, se incide en acápites subsiguientes del presente informe absolviendo los cuestionamientos formulados por TESUR en su recurso de reconsideración.

De otro lado, respecto del argumento de TESUR según el cual el Mandato de Compartición infringe el principio de Debido Procedimiento y, como parte de éste, específicamente el derecho de TESUR a obtener una decisión motivada, en tanto ha establecido el valor de la variable “Na”, sin considerar las características técnicas de su red de transmisión; se precisa que la motivación de la decisión del OSIPTEL puede ser advertida en el antes citado Informe N° 00048-GPRC/2018 (pág. 138), cuando señala que la Metodología calcula el “*costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica*” y en esa línea se recalcó que “*el OPEX incremental atribuible a cada arrendatario se genera recién cuando cada uno de dichos arrendatarios, accede a la infraestructura del operador eléctrico, ya que como se señaló anteriormente, este costo incremental variable se genera a partir del peso que representa instalar cada cable o*

³¹ Detallado claramente en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017-MTC/03.



medio de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, de modo que, si no hay arrendatarios el costo incremental variable es cero (0).”

Por consiguiente, el supuesto que indica TESUR en su recurso de reconsideración, relativo a la eventual imposibilidad técnica de que su infraestructura soporte tres (3) cables de fibra óptica dadas las características de su red; se debe indicar que dichas características técnicas particulares no tienen vinculación con la determinación de la retribución mensual aplicable, ya que como se indicó anteriormente, la metodología permite calcular el costos económico incremental ocasionado por la compartición, por cada cable de fibra óptica instalado, que es el valor de la retribución mensual por arrendamiento. En consecuencia, no se generará costo de operación y mantenimiento incremental alguno por los cables de comunicaciones que no serán instalados efectivamente sobre dicha infraestructura. En ese sentido, el referido supuesto señalado por TESUR es neutral respecto de las contraprestaciones que pagarán a TESUR el o los arrendatarios que efectivamente utilicen su infraestructura eléctrica, asumiendo cada uno el costo de operación y mantenimiento incremental que estos generen.

Adicionalmente, el entendimiento de TESUR expuesto en su recurso de reconsideración según el cual *“el OSIPTEL ha concluido que su red puede soportar tres (3) arrendatarios sobre la base de razonamientos económicos abstractos”*, es también incorrecto. Dicha conclusión no ha sido indicada en ninguna parte del Mandato de Compartición y, en modo distinto, sí se ha señalado en el Informe N° 00048-GPRC/2018 (pág. 139 del Informe), que *“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.”*

Asimismo, en el Informe que sustentó el Mandato de Compartición se señaló –y se reitera– que *“la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el presente mandato es tres (03), 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.”*

Consecuentemente, conforme a la motivación expuesta en el Mandato de Compartición, queda descartada cualquier afectación al debido procedimiento derivada de la motivación de la referida decisión normativa del OSIPTEL.

4.3.4. Sobre la supuesta actuación del OSIPTEL que vulnera el principio de Predictibilidad y Confianza Legítima y la doctrina de los actos propios.

TESUR señala en su recurso de reconsideración que el OSIPTEL conoce desde hace mucho tiempo cuál es el valor que las partes asignaron a la variable “Na” cuando suscribieron el Contrato y nunca formuló observación alguna, por lo que dicho valor habría sido convalidado por OSIPTEL.



Al respecto, se debe señalar que el OSIPTEL nunca ha “convalidado” el valor de la variable “Na” que TESUR indica fue acordado con AZTECA PERÚ en el Contrato. Se debe recordar que de acuerdo al Reglamento de la Ley N° 29904, el OSIPTEL no “convalida” ni aprueba los contratos de compartición que se celebran al amparo de la referida Ley, siendo que éstos son presentados al OSIPTEL para supervisión como lo establece el artículo 25.2 del referido Reglamento y, por ende, la identificación de posibles infracciones administrativas u otros incumplimientos normativos que se pudieran advertir en los referidos contratos queda sujeta a los plazos prescriptorios de la facultad de supervisión definidos por las normas de la materia.

Asimismo, es preciso señalar que lo indicado por TESUR en su comunicación del 21 de octubre de 2016 en respuesta al requerimiento de información formulado por el OSIPTEL mediante carta C.520-GPRC/2016, así como la reunión solicitada por TESUR en dicha oportunidad, corresponden a un requerimiento de información que fue efectuado por el regulador a diversos concesionarios eléctricos a nivel nacional, entre ellos TESUR, a fin de evaluar el mercado de compartición de infraestructura para las telecomunicaciones. Por ende, no es correcto sostener que la respuesta de TESUR al referido requerimiento del OSIPTEL le generaba una suerte de “aprobación automática”, “silencio positivo” o cualquier otra decisión administrativa respecto de lo indicado en su comunicación, en tanto el referido requerimiento no tuvo –ni podía tener– por finalidad la generación de un acto de “aprobación” por parte del regulador. Ello, ciertamente, sin perjuicio de que la información brindada por TESUR en su comunicación en cuestión, pueda ser evaluada por las autoridades del OSIPTEL que ejercen las funciones de supervisión y, en su caso, fiscalización, en los procedimientos y plazos respectivos.

Cabe añadir que, resulta sumamente claro que el hecho de que una autoridad tome conocimiento de un eventual incumplimiento del marco normativo en una acción de supervisión o un medio distinto a éste, no conlleva a la “convalidación” de la situación antijurídica y mucho menos genera derecho alguno al potencial infractor como resultado de la no objeción en un periodo de tiempo distinto del plazo prescriptorio aplicable, el cual, de acuerdo a la normativa de la materia, en el caso de, por ejemplo, infracciones permanentes, empieza a contar recién a partir de la cesación de la conducta.

De otro lado, cabe señalar que la actuación del OSIPTEL en vía de mandato, conforme al artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, se produce siempre a solicitud de parte, cuando ésta ha tratado de llegar a un acuerdo con la otra parte respecto del acceso y uso compartido de infraestructura y dicho acuerdo no ha sido factible. En el presente caso, AZTECA PERÚ recién solicitó a TESUR modificar su relación de compartición el 18 de agosto de 2017 y ante la falta de acuerdo entre las partes, acudió al OSIPTEL en la vía de mandato en octubre del año 2017. Es a partir de entonces que este Organismo Regulador se encontraba habilitado a redefinir las condiciones económicas pactadas por las partes en el Contrato en la vía de mandato y no antes.

Es pertinente agregar que carece de sustento jurídico pretender que el principio de Seguridad Jurídica avale precios pactados por TESUR con AZTECA PERÚ, sin haber observado la regla del precio máximo definida en el artículo 30.4 del Reglamento de la



Ley N° 29904 o, dicho en otros términos, carece de sentido y es paradójico reclamar que la Seguridad Jurídica proteja y perpetúe una situación antijurídica. Asimismo, TESUR no considera que es su propia contraparte contractual la que le ha solicitado modificar los términos de un contrato por otros que se sujeten a la regla legal del precio máximo regulado. En ese sentido, frente a la solicitud de AZTECA PERÚ para modificar las condiciones económicas aplicables a su relación de compartición, resultaba predecible la actuación que desarrollaría el Estado a través del OSIPTEL en el presente procedimiento, al recibir una solicitud de intervención subsidiaria en vía de mandato, ante falta de acuerdo respecto de una solicitud para modificar la contraprestación acordada por las partes y sujetarla al precio máximo regulado.

Por consiguiente, queda descartado que se haya vulnerado los principios de Confianza Legítima o de Seguridad Jurídica, como sin fundamento lo aduce TESUR en su recurso de reconsideración.

4.3.5. Los valores de la contraprestación única y la contraprestación mensual no están relacionados.

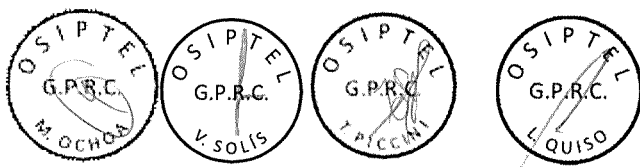
Cuando TESUR indica que el costo de operación y mantenimiento incremental, no es otro que el costo de operar y mantener los refuerzos en los que TESUR tuvo que invertir en un primer momento para que la RDNFO pueda soportarse en su Infraestructura, desconoce abiertamente la Metodología para el cálculo de la contraprestación mensual establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria.

Sobre el particular, la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, considera dos componentes: (i) una contraprestación única que cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma, y (ii) una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

TESUR señala que la inversión inicial que debía realizar fue negociada, definida y aceptada por ambas partes en el 2015 (contraprestación única), y que esta inversión ya fue ejecutada por TESUR y pagada por AZTECA PERÚ; sin embargo, llama la atención que TESUR afirme que esta inversión ya definida y ejecutada es la que ahora el OSIPTEL, a pedido de AZTECA PERÚ, ha modificado estableciendo que los costos de esta inversión sean asumidos por tres (3) arrendatarios, incluso si dos (2) de ellos son inexistentes.

Al respecto, se debe señalar que TESUR confunde dos conceptos de pago que son diferentes y complementarios, cuyos valores no están relacionados entre sí, ya que el cálculo de la contraprestación mensual no está, bajo ninguna circunstancia, en función al valor de la inversión pagada por AZTECA PERÚ para efectos de la adecuación de la infraestructura eléctrica (contraprestación única).

Según señala TESUR, la inversión para la adecuación de la infraestructura ya fue pagada por AZTECA PERÚ como parte de la contraprestación única, no obstante, dicho concepto de pago, ni el valor pagado, no es materia del Mandato de Compartición



emitido, por lo que no se entiende a que se refiere TESUR cuando señala que esta inversión ya definida y ejecutada es la que ahora el OSIPTEL ha modificado estableciendo que los costos de esta inversión sean asumidos por tres (3) arrendatarios.

En efecto, la fórmula establecida en el referido Anexo 1 permite evidenciar que la contraprestación mensual se calcula en función al "Costo de las torres o postes regulados del sector energía" denominado "TP", aplicando a partir de esta base de cálculo determinados ratios y componentes, que permiten obtener finalmente el valor de la referida contraprestación mensual. Así, dicha contraprestación mensual no se calcula, como erróneamente señala TESUR, en función al valor de la inversión inicial incurrida para la adecuación de la infraestructura eléctrica con el fin de que la RDNFO pueda soportarse en dicha infraestructura eléctrica.

De otro lado, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece que el pago de la adecuación, a través de la contraprestación única, será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional, y que en el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas. Asimismo, dicha norma establece que la tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable. Como se observa, en este caso, la norma aclara que el pago de la inversión para la adecuación también debe de forma proporcional.

Más aún, como en el caso de energía eléctrica el costo de reforzamiento de torres, postes o líneas deberá estar orientada a costos económicos de provisión (que incluye margen de ganancia), al momento de la evaluación *in situ* de los postes o torres se determinase que algunas estructuras de soporte eléctrico requieren mayor reforzamiento de que otras, por lo que la inversión en reforzamiento de cada estructura dependerá del estado efectivo de dichas estructuras, pudiendo darse el caso que algunas estructuras no requieran ningún reforzamiento y otras requieran reforzamiento extra, lo cual determinará el valor total de la contraprestación única calculada en base a la inversión requerida para los referidos reforzamientos.

Sin embargo, el valor de la contraprestación mensual que le corresponde a cada estructura de soporte eléctrico será determinado en función al valor del "TP" señalado anteriormente (el costo del poste o torre), al margen de que si dicho poste o torre haya requerido poca o mucha inversión en reforzamiento, o si quizá no haya requerido ninguna inversión en reforzamiento.

De este modo, considerando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, carece de sustento pretender que la contraprestación mensual deba estar en función al valor de la contraprestación única ya pagada por el concesionario de la RDNFO por concepto de adecuación de la infraestructura eléctrica. Se advierte que el argumento de TESUR se vincularía a una reformulación de la Metodología o sus parámetros, lo que está fuera del ámbito del procedimiento de emisión del mandato y del actual procedimiento de reconsideración. Si TESUR pretende que la Metodología relacione la contraprestación única con la contraprestación mensual,



puede remitir a las instancias que correspondan sus consideraciones respecto de la fórmula o sus parámetros establecidos en la referida norma, si así lo estima pertinente.

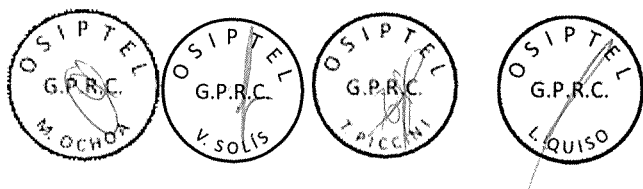
4.3.6. Un valor “pactado” para la variable “Na” se contrapone con un criterio técnico- económico para su determinación.

Respecto de lo señalado por TESUR, de que el OSIPTEL no tiene competencia para modificar la variable “Na” pactada en el Contrato, se debe hacer notar, en primer lugar, la existencia de “asimetría informativa” en favor del concesionario eléctrico, en especial en cuanto a aspectos técnicos de la infraestructura eléctrica.

En segundo lugar, se debe enfatizar que, como parte de la emisión del Mandato de Participación entre AZTECA PERÚ y TESUR, para efectos de la determinación de la contraprestación mensual por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, el OSIPTEL no está limitado a considerar el valor de una variable ya “pactado” previamente por las partes, por cuanto dicho valor debe ser resultado del análisis de este Organismo sobre la base de criterios técnicos y económicos debidamente fundamentados. De otro modo, considerar un valor “pactado” para cualquiera de las variables de la fórmula, implicaría para este organismo alejarse de dichos criterios objetivos y que pueden llevar a incumplir las disposiciones de la Ley N° 29904 y su Reglamento sobre la contraprestación a ser aplicada en una relación de participación.

Así, el OSIPTEL, en el ejercicio de funciones, debe definir el valor que debe tomar cada una de las variables que componen la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, entre ellas, el valor de la variable “Na”. Asimismo, los únicos valores que el OSIPTEL debe tomar como predeterminados son los valores de los parámetros establecidos expresamente como parte de dicha fórmula, es decir, los valores establecidos para los parámetros m, l, h, y f, los cuales podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

Cabe hacer notar, que el contrasentido señalado por TESUR respecto de que el OSIPTEL estaría limitado para definir el valor que debe tomar la variable “Na”, colisiona abiertamente con el ejercicio de las competencias y funciones conferidas al OSIPTEL por la Ley N° 29904 y su Reglamento. En efecto, ¿cómo podría el OSIPTEL, salvaguardar la legalidad del valor de la contraprestación mensual que este organismo debe calcular, como parte de las condiciones económicas del Mandato de Participación –es decir, que se ajuste efectivamente a la Metodología-, si el valor de una de las variables que intervienen en el referido cálculo ya ha sido supuestamente “acordado” por las partes? Resulta evidente entonces que la función normativa que ejerce el OSIPTEL para establecer el valor de la contraprestación mensual en una relación de participación en específico, implica también la potestad de definir el valor que corresponde a cada una de las variables que intervienen en el cálculo de dicha contraprestación mensual. Por ende, no puede ser vinculante para efectos de dicho cálculo, los valores previamente “pactados” por las partes para una o más variables de la referida fórmula. Cabe además señalar, que el OSIPTEL no determina el valor de



dichas variables de manera arbitraria, sino, sobre la base de fundamentos técnicos y económicos, consistente con el marco jurídico aplicable.

Es importante hacer notar, que al momento de la suscripción del contrato bajo el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento, las partes conocen y aceptan que, según el artículo 32 de dicha ley, el OSIPTEL debe velar por que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la Metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (lo que incluye a sus modificatorias), para lo cual señala dicha ley, que el OSIPTEL podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias (como los mandatos que emite, según se ha señalado en párrafos precedentes).

Asimismo, respecto de lo manifestado por TESUR de que mediante el Mandato de Compartición se ha modificado el costo de operar y mantener la inversión que fue acordada en el 2015, refiriéndose a la contraprestación mensual acordada por el acceso a la infraestructura, se debe señalar que, como parte del análisis efectuado por el OSIPTEL se verificó que los referidos valores de contraprestación acordados en el contrato no reflejan la aplicación correcta 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 año 2015 (considerando valor del parámetro “f” = 20%).

De esta manera, el OSIPTEL como parte de la determinación de la contraprestación mensual en el Mandato de Compartición entre AZTECA PERÚ y TESUR, determinó el valor de la variable “Na” en tres (3), entre otras variables, el cual fue el resultado del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación. Asimismo, la determinación del valor del “Na” por parte del OSIPTEL respondió a los principios y reglas establecidas por el marco normativo aplicable que guía los pronunciamientos del OSIPTEL, tal como se detallará en párrafos subsiguientes.

Adicionalmente, para determinar el valor de la contraprestación mensual, no se requirió determinar el número de arrendatarios a los que puede dar acceso TESUR, en cada una de sus estructuras de soporte eléctrico, o a cuantos arrendatarios está actualmente dando acceso, debido a que matemáticamente, a partir de la fórmula establecida, es posible determinar directamente el valor de la contraprestación mensual por arrendatario. De este modo, si en un futuro TESUR modificara su infraestructura y le fuera factible dar acceso a más arrendatarios de los que le es posible dar acceso actualmente, la retribución mensual unitaria por arrendatario sería la misma, mientras que se incrementaría la retribución mensual total, de manera proporcional a la cantidad de arrendatarios efectivos en cada momento.

Finalmente, respecto de lo señalado por TESUR sobre que el OSIPTEL se encuentra impedido de interpretar arbitrariamente la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, alejándose del texto expreso de la norma, se debe señalar que este Organismo ha fundamentado su pronunciamiento en base a criterios técnicos y



económicos ampliamente detallados en los informes que sustentaron el Proyecto de Mandato y el Mandato de Participación, así como en el presente informe.

4.3.7. El parámetro “f” se basa en el criterio de peso adicional como generador de costos de operación y mantenimiento incremental.

Lo señalado por TESUR respecto de que este Organismo se aleja de lo previsto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, carece también de fundamento. La interpretación parcial de dicha norma por parte de TESUR, no puede ser considerada como la “Legalidad” que aduce ha sido vulnerada.

Al respecto, se debe precisar que cada cable de comunicación que se instala en cada estructura de soporte eléctrico genera, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobre costo del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida a cargo del arrendatario. Si no existen más arrendatarios, no se genera un peso adicional en la línea de transmisión o distribución, más allá del peso del único cable de fibra óptica instalado, y por ende no hay costos de operación y mantenimiento adicionales en los que se deba incurrir.

En ese entendido, no existe argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primer arrendatario, puesto que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme entra cada nuevo arrendatario. De otro modo, dicho primer arrendatario terminaría asumiendo costos aún inexistentes.

Sobre lo señalado por TESUR respecto de que en ninguna parte de la Ley N° 29904, su Reglamento, la RVM N° 768 o los informes sustentatorios de estas normas, se señala que sea posible reducir el costo de operación y mantenimiento incremental si el número de arrendatarios es menor a tres (3), se debe señalar que ninguno de dichos instrumentos normativos y sustentatorios, plantean que el costo de operación y mantenimiento dimensionado para que un poste o torre soporte tres (3) cables de fibra óptica, deba ser pagado por un único arrendatario que instala sólo un (1) cable de fibra óptica en dicho poste o torre.

Sobre este punto, TESUR opina que dicho costo de operación y mantenimiento incremental establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (dimensionado para soportar tres cables de comunicación) “es uno sólo” y debe ser asumido en su integridad por los arrendatarios que efectivamente se encuentren soportados en la infraestructura, que en este caso en particular, es un solo arrendatario. Dicha afirmación, a nuestro entender, constituye una interpretación claramente incorrecta por parte de TESUR de lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria.

En efecto, TESUR realiza una lectura equivocada de la fórmula matemática contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, ya que se limita a



leer los textos de la norma y no encuentra la referencia a concepto incremental o el concepto de costos variables, por lo que indica que no están presentes en la norma, pero no analiza la fórmula en sí, la cual expresa de manera clara, sin lugar a interpretaciones, qué conceptos de costos están incluidos en la contraprestación mensual, en función a sus componentes, es decir, variables y parámetros. Asimismo, la lectura de TESUR se expresa sin entender, en particular, cómo ha sido estimado el parámetro “f”.

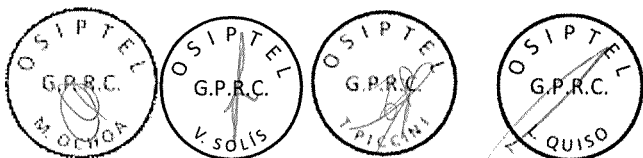
Al respecto, cabe hacer notar que la Exposición de Motivos de la RVM N° 768 detalla claramente que el parámetro “f” (que es parte de la fórmula, aplicable para media y alta tensión) está calculado en base al criterio de peso adicional como generador de costos de operación y mantenimiento variable; es decir, a mayor peso adicional sobre la línea de transmisión o distribución, a causa de la instalación de un cable de fibra óptica adicional, es mayor el costo de operación y mantenimiento incremental que se requiere realizar.

Es preciso señalar, que el hecho que el referido parámetro “f” dimensione el costo de operación y mantenimiento de soportar tres (3) cables de fibra óptica, no quiere decir que dicho costo deba ser asumido en su totalidad por un único arrendatario cuando éste instala un solo cable de fibra óptica, como equivocadamente afirma TESUR, en cuyo caso implicaría que si un arrendatario que sólo instala un (1) cable de fibra óptica y pagase el total de dicho costo de operación y mantenimiento, estaría asumiendo tres veces el costo real que está ocasionando a la línea de transmisión o distribución, por concepto de operación y mantenimiento incremental.

En consecuencia, respecto de lo señalado por TESUR de que esto podría generar una situación de expropiación regulatoria ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones, se debe señalar que dicha afirmación carece también de fundamento pues, como se señaló anteriormente, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Así, el costo incremental por operación y mantenimiento que actualmente equivale al 18,3% para media y alta tensión, refleja los costos incrementales variables (no fijos) de soportar tres (3) cables de fibra óptica, siendo dicho costo incremental por operación y mantenimiento, divisible y, por consiguiente, directamente atribuible a cada nuevo arrendatario que utilice la infraestructura eléctrica.

4.3.8. Cualquier costo incremental “no variable” está incorporado en el parámetro “h”.

Al respecto, se debe enfatizar que cualquier concepto de costo incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, que no sea variable, está incorporado en el parámetro “h” de la fórmula (para media y alta tensión), tal como se precisa en el numeral 2.5.3 del Informe 292-MTC que sustentó la RVM N° 768 y que se nuestra a continuación.



"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)." (El énfasis es nuestro).**

Como se observa, el MTC hace referencia a conceptos de costos con características de costos fijos y cómo dichos costos son recuperados por el concesionario eléctrico. Esta aclaración, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la RVM N° 768.

En efecto, el citado informe del MTC aclara que el parámetro "h" incorpora todos los costos incrementales recurrentes indicados, cuyas características corresponden a costos fijos, los cuales sí son transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. Así, la referida variable "h" incluiría no sólo los costos listados textualmente (*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*), sino todos los costos de operación y mantenimiento incrementales de similar naturaleza que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica en la estructura de soporte eléctrico. De esta forma, el valor del parámetro "f" refleja únicamente el costo de operación y mantenimiento incremental variable, dimensionado por el MTC para soportar tres (3) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

Al respecto, cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental variable 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 en esa oportunidad se consideró la instalación de un 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), a diferencia del valor de “f” = 18,3% aprobó finalmente en el que se consideró tres (03) cables de comunicación. Lo señalado se muestra en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de “f” = 5,8% (para media y alta)	Valor de “f” = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de 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)

Cabe hacer notar que, si no fuera posible individualizar el costo de operación y mantenimiento incremental de soportar un (1) cable de fibra óptica, entonces, cabe preguntar cómo podría el MTC haber publicado para comentarios un valor del parámetro “f” = 5,8% (dimensionado considerando la instalación de un cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico), siendo en ambos casos, el valor del proyecto para comentarios y el valor finalmente aprobado, el mismo criterio metodológico considerado, es decir, ratio entre el peso promedio por cable de fibra óptica y el peso promedio por línea de transmisión.

De esta manera, como se evidencia, el valor del parámetro “f”, está directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso adicional de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental que no sea variable, según lo aclarado por el MTC, ya está considerado en el valor de la variable “h” antes referida.

De esta manera, si lo que pretende TESUR es cuestionar la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y desconocer lo señalado por el MTC en su aclaración sobre los costos incrementales en su Informe 292-MTC que sustentó la RVM N° 768; se trata de un cuestionamiento fuera del ámbito de un procedimiento de emisión de mandato de compartición a cargo del OSIPTEL, por lo que queda a salvo el derecho de TESUR de expresar sus observaciones a la referida normativa en las instancias correspondientes.

En conclusión, corresponde desestimar los cuestionamientos formulados por TESUR en su recurso de reconsideración, a la contraprestación mensual fijada en el Mandato de Compartición para su relación de compartición de infraestructura con AZTECA PERÚ,



utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria.

4.3.9. Valor de la carta fianza que debe otorgar AZTECA PERÚ en favor de TESUR.

Respecto de que la carta fianza que debe otorgar AZTECA PERÚ en favor de TESUR en virtud de lo dispuesto en el Mandato de Compartición, TESUR solicita que ésta debe ser por un monto equivalente a diez (10) retribuciones mensuales, debido que según señala dicha empresa eléctrica, AZTECA PERÚ tiene a la fecha pendientes de pago siete (7) facturas por el acceso y uso de su infraestructura.

En primer lugar, se debe indicar que TESUR enfrenta un menor riesgo de ocurrencia de falta de pago por parte de AZTECA PERÚ, en comparación con el resto de relaciones de compartición, como es el caso de mandatos emitidos por el OSIPTEL entre concesionarios eléctricos y otros operadores de telecomunicaciones, o en el caso de la oferta básica de compartición del Proveedor Importante, en cuyos casos se ha considerado el valor de la carta fianza en un monto equivalente a tres (3) meses de retribución mensual. En efecto, AZTECA PERÚ como operador de la RDNFO, tiene asegurado un flujo de ingreso a lo largo de la vida útil del proyecto, lo que reduce el riesgo de ocurrencia de una falta de pago por capacidad financiera, en relación al resto de casos de arrendamiento de infraestructura.

Adicionalmente, es importante señalar que en todos los mandatos de compartición emitidos por el OSIPTEL, entre AZTECA PERÚ y un concesionario eléctrico, se ha establecido el valor de la carta fianza que AZTECA PERÚ debe otorgar en favor del concesionario eléctrico, en un monto equivalente a un (1) mes de retribución mensual. De esa forma, considerando el contexto de operación de AZTECA PERÚ, como parte de las condiciones del Mandato de Compartición emitido, se consideró que el valor de la carta fianza a ser otorgada a TESUR para garantizar sus obligaciones económicas, sea un monto equivalente a una renta mensual. Dicho monto, no perjudica a TESUR ya que corresponde, en estricto, a la deuda impaga, y no le genera costos innecesarios a AZTECA PERÚ más que los derivados de la habitual práctica comercial de emisión de garantías.

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



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


En relación al caso aludido por TESUR, sobre las siete (7) facturas pendientes de pago, se debe hacer notar que la referida ocurrencia tiene origen en las discrepancias surgidas entre AZTECA PERÚ y TESUR, respecto del valor de la retribución mensual señalada en el Contrato. Se debe enfatizar que todas las disposiciones señaladas en el Mandato de Compartición emitido son aplicables a partir de la entrada en vigencia del mismo.

En consecuencia, conforme a las reglas incluidas en el Mandato de Compartición, no se advierte justificación para requerir una carta fianza por un monto mayor al de un (1) mes de retribución mensual, y mucho menos equivalente a diez (10) retribuciones mensuales como lo solicita TESUR, por lo que se debe desestimar lo solicitado por este concesionario eléctrico en su recurso de reconsideración.

5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por TESUR, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el acápite 4 del presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA (E)

