
	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 54

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON ELECTRO SUR ESTE S.A.A.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00002-2018-CD-GPRC/MC
FECHA	:	06 DE JUNIO DE 2018


	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista de Interconexión	Maria Ochoa La Torre
	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis
REVISADO POR:	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Lennin Quiso

	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 54

ÍNDICE

1.	OBJETO.....	4
2.	ANTECEDENTES.	4
3.	CUESTIONES A RESOLVER.....	8
4.	EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.	9
4.1	PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA.	9
4.2	COMPETENCIA DEL OSIPTEL PARA EMITIR EL MANDATO DE COMPARTICIÓN SOLICITADO.	12
4.2.1	POSICIÓN DE OSIPTEL PARA EFECTOS DEL PROYECTO DE MANDATO.	12
4.2.2	POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.	20
4.3	RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.....	23
4.3.1	POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LA SOLICITUD DE MANDATO.....	23
4.3.2	POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.	36
4.4.	EFFECTOS DEL MANDATO QUE SE EMITA EN LA CONTINUIDAD DE LA RDNFO.....	44
4.5.	SOBRE LA COMISIÓN DE POSIBLES INFRACCIONES.....	44
4.6.	LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.....	48
5.	CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.	50
ANEXO 1.....		51
ANEXO 2.....		54



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 54

APÉNDICE - ANTECEDENTE 1: Carta DJ-165/18 de AZTECA PERÚ recibida el 19 de enero de 2018

APÉNDICE - ANTECEDENTE 2: Escrito 02 de ELSE recibido el 15 de febrero de 2018.

APÉNDICE - ANTECEDENTE 3: Carta DJ-494/18 de AZTECA PERÚ recibida el 14 de marzo de 2018.


APÉNDICE - ANTECEDENTE 4: Carta DJ-830/18 de AZTECA PERÚ recibida el 30 de abril de 2018

APÉNDICE - ANTECEDENTE 5: Escrito 06 de ELSE recibido el 11 de mayo de 2018.

APÉNDICE - ANTECEDENTE 6: Carta DJ-993/18 de AZTECA PERÚ recibida el 23 de mayo de 2018

APÉNDICE - ANTECEDENTE 7: Escrito 07 de ELSE recibido el 17 de mayo de 2018.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 54

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELSE) que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 03 de marzo de 2015.

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3° de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha)¹, declaró de necesidad pública e interés nacional la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia, estableciéndose mediante su artículo 8°, que la entidad encargada de conducir el proceso de concesión será la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC² se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en el que se establecen los principios, reglas y disposiciones complementarias para la aplicación de la referida Ley.
- 2.2 El artículo 13° de la Ley de Banda Ancha, establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.
- 2.3 En fecha 03 de marzo de 2015, AZTECA PERÚ y ELSE suscribieron el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica (en adelante, el Contrato), mediante el cual crearon la relación de compartición de infraestructura existente entre ambas partes.
- 2.4 Mediante carta No. DJ-1237/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ELSE que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el contrato se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC³, considerando: (i) la modificación de las


¹ Vigente desde julio del año 2012.

² Emitido en noviembre del año 2013.

³ "Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos.

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




	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 54

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

- 2.5 Mediante Oficio No. G-1439-2017 recibido el 4 de septiembre de 2017, ELSE remitió a AZTECA PERÚ el cálculo detallado de la actualización de la contraprestación por el uso compartido de su infraestructura, en atención a la modificación de los valores "f" y "m" de la metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En dicho cálculo, el valor del denominador "Na" del factor B de la referida metodología, es igual uno (1).
- 2.6 Mediante Carta No. DJ-1351/17 de fecha 12 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ expresó a ELSE su desacuerdo con la actualización de la contraprestación remitida mediante Oficio N° G-1439-2017. Asimismo, reiteró su solicitud de adecuación del valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura considerando que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3).
- 2.7 Mediante Oficio No. G-1552-2017 recibido el 20 de setiembre de 2017, ELSE manifestó a AZTECA PERÚ que ha procedido con la actualización del valor de la retribución en atención a la modificación de las variables "f" y "m" de la metodología. Asimismo, refirió que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no ha modificado el valor del denominador "Na" incluido en el factor B. Finalmente, señaló que remitiría a AZTECA PERÚ una adenda a efectos de formalizar la modificación de la contraprestación.
- 2.8 Mediante Carta No. DJ-1431/17 recibida el 2 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ reiteró a ELSE su solicitud de adecuación del valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura, refiriendo que la metodología para el cálculo del precio máximo de la contraprestación que prevé el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha necesariamente asigna al denominador "Na" un valor de tres (3).
- 2.9 Mediante Carta No. DJ-1518/17 recibida el 13 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ manifestó a ELSE que la Factura No. F101-1484 que le fuera remitida por ésta, no respeta el precio máximo legal que resulta de la aplicación de la metodología, por lo que procede con su devolución. Asimismo, reiteró su convocatoria a una reunión, a efectos de proceder con la adecuación solicitada.
- 2.10 Mediante Oficio No. G-1762-2017 recibido el 6 de noviembre de 2017, ELSE manifestó a AZTECA PERÚ que el valor de la retribución se actualizó en

De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas."




	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 54

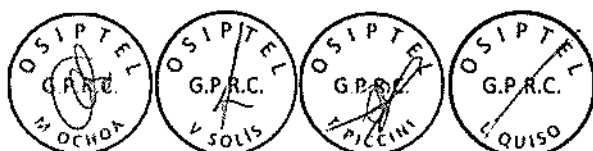
atención a la modificación de las variables “f” y “m”. Asimismo, señaló que, como resultado de la reunión de coordinación sostenida entre ambas empresas, se acordó la aplicación y cumplimiento de un nuevo valor de contraprestación conforme a lo dispuesto por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. Asimismo, ELSE refirió que se acordó que el valor del denominador “Na” mantendrá su valor, en tanto no exista una resolución ministerial que lo modifique o aclare su utilización.


- 2.11 Mediante Carta No. C-2022-2017 recibida el 8 de noviembre de 2017, ELSE requirió a AZTECA PERÚ el pago de las facturas pendientes de cancelación, correspondientes al pago de la contraprestación por uso compartido de su infraestructura.
- 2.12 Mediante Carta No. DJ-1737/17 de fecha 20 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ manifestó a ELSE que los acuerdos señalados en su comunicación No. G-1762-2017 no eran correctos. Al respecto, AZTECA PERÚ indicó que en ningún momento aceptó que la adecuación del valor del denominador “Na” requería la emisión de una nueva resolución viceministerial, indicando que ello iría en contra de lo dispuesto en el marco normativo vigente.
- 2.13 Mediante Oficio No. G-2024-2017 recibido el 26 de diciembre de 2017, ELSE manifestó a AZTECA PERÚ que la contraprestación fue determinada en estricto cumplimiento de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Asimismo, ELSE cuestionó que AZTECA PERÚ se ampare en un oficio del Viceministerio de Comunicaciones que no es mandatorio para no cumplir con sus obligaciones contractuales, y mencionó que no tuvo dudas en la aplicación de las modificaciones de las variables “m” y “f”.
- 2.14 Mediante carta DJ-165/18 recibida el 19 de enero de 2018, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ELSE el 03 de marzo de 2015. El sustento de su solicitud se encuentra contenido en la citada carta DJ-165/18, que se adjunta al presente informe como “*Apéndice - Antecedente 1*”.
- 2.15 Mediante carta C.00042-GPRC/2018 recibida el 25 de enero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a ELSE de la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ, a efectos de que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado. Asimismo, se solicitó a ELSE información respecto de la infraestructura eléctrica (postes y/o torres) que viene alquilando a AZTECA PERÚ.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 7 de 54
	INFORME	

- 2.16 Mediante Escrito 01 recibido el 30 de enero de 2018, ELSE solicitó al OSIPTEL la ampliación del plazo para remitir sus comentarios y la información técnica solicitada.
- 2.17 Mediante carta C.00046-GPRC/2018 recibida el 02 de febrero de 2018, el OSIPTEL otorgó a ELSE la ampliación de plazo solicitada, a efectos de que cumpla con remitir sus comentarios y la información técnica solicitada, hasta el 15 de febrero de 2018.
- 2.18 Mediante Escrito 02 recibido el 15 de febrero de 2018, ELSE presentó su posición respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ, así como la información técnica solicitada. El sustento de la posición de ELSE se encuentra contenido en el citado Escrito 02, que se adjunta al presente informe como "Apéndice - Antecedente 2".
- 2.19 Mediante carta C.00139-GPRC/2018 recibida el 22 de febrero de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la posición expresada por ELSE en su Escrito 02, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.20 Mediante carta C.00149-GPRC/2018 recibida el 26 de febrero de 2018, el OSIPTEL solicitó a ELSE la corrección de la información técnica remitida mediante su Escrito 02.
- 2.21 Mediante Escrito 03 recibido el 27 de febrero de 2018, ELSE solicitó al OSIPTEL la ampliación del plazo establecido en la carta C.00149-GPRC/2018, para corregir la información técnica remitida mediante su Escrito 02.
- 2.22 Mediante carta C.00157-GPRC/2018 recibida el 02 de marzo de 2018, el OSIPTEL otorgó a ELSE la ampliación de plazo solicitada en su Escrito 03, a efectos de que cumpla con la corrección de la información técnica solicitada.
- 2.23 Mediante Escrito 04 recibido el 02 de marzo de 2018, ELSE absolvió las observaciones formuladas por el OSIPTEL mediante carta C.00149-GPRC/2018.
- 2.24 Mediante carta C.00196-GPRC/2018 recibida el 12 de marzo de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la información técnica remitida por ELSE mediante Escrito 04, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.25 Mediante carta DJ-494/18 recibida el 14 de marzo de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del Escrito 02 de ELSE que le fuera trasladado mediante carta C.00139-GPRC/2018. Los comentarios en mención se adjuntan al presente informe como como "Apéndice - Antecedente 3".
- 2.26 Mediante carta C.00232-GPRC/2018 recibida el 21 de marzo de 2018, el OSIPTEL corrió traslado a ELSE de los comentarios de AZTECA PERÚ



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 54


contenidos en su carta DJ-494/18, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.

- 2.27 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00085-2018-CD/OSIPTEL emitida el 05 de abril del 2018, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA PERÚ y ELSE, otorgándose un plazo máximo de veinte (20) días calendario para emitir comentarios. Adicionalmente, en la misma resolución se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del mandato de compartición. La referida resolución fue notificada a AZTECA PERÚ mediante carta C. 00249-GCC/2018 y a ELSE mediante carta C. 00247-GCC/2018, ambas recibidas el 11 de abril del 2018.
- 2.28 Mediante Resolución de Presidencia N° 00048-2018-PD/OSIPTEL del 26 de abril de 2018 se amplió en diez (10) días calendario el plazo para que las partes emitan comentarios al Proyecto de Mandato, la cual se notificó a AZTECA PERÚ y a ELSE mediante cartas C.00294-GCC/2018 y C.00295-GCC/2018, respectivamente, ambas notificadas el 27 de abril de 2018. Dicha ampliación se realizó a solicitud de ELSE mediante escrito recibido el 17 de abril de 2018, en el cual solicitaba una ampliación de veinte (20) días calendario.
- 2.29 Mediante carta DJ-830/18 recibida el 30 de abril de 2018 AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del Proyecto de Mandato. Los comentarios en mención se adjuntan al presente informe como como "Apéndice -Antecedente 4".
- 2.30 Mediante Escrito 6 recibido el 11 de mayo de 2018 ELSE remitió sus comentarios respecto del Proyecto de Mandato. Los comentarios en mención se adjuntan al presente informe como como "Apéndice -Antecedente 5".
- 2.31 Mediante carta DJ-993/18 recibida el 23 de mayo de 2018 AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto de los comentarios de ELSE al Proyecto de Mandato. Los comentarios en mención se adjuntan al presente informe como como "Apéndice -Antecedente 6".
- 2.32 Mediante Escrito 7 recibido el 17 de mayo de 2018 ELSE remitió sus comentarios respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato. Los comentarios en mención se adjuntan al presente informe como como "Apéndice -Antecedente 7".

3. CUESTIONES A RESOLVER.

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



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 54

- 3.1 Procedencia de la emisión del mandato de compartición de infraestructura.
- 3.2 Competencia del OSIPTEL para emitir el mandato de compartición solicitado.
- 3.3 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.
- 3.4 Efectos del mandato que se emita en la continuidad de la RDNFO.
- 3.5 Comisión de posibles infracciones.

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

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

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

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

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 54

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

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

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

- **Contrato de compartición:**


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

- **Mandato de compartición:**

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

En consecuencia, el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo. Ello, con la finalidad de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento del artículo 13 de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 11 de 54
	INFORME	

b) El concepto de “contrato” en el ordenamiento jurídico nacional y el concepto de “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura” previsto en la Ley N° 29904 y su Reglamento.

De acuerdo al artículo 1351 del Código Civil⁴, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Bajo dicho concepto, el “*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura*” señalado en el artículo 25, numeral 25.2, del Reglamento de la Ley N° 29904 como una de las modalidades para que un operador de telecomunicaciones acceda y use la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha, puede tener por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En consecuencia, las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puede ser también modificadas, reguladas o extinguidas por las partes mediante un contrato posterior, sujetándose a las reglas de la Ley N° 29904 y su Reglamento. En caso de falta de acuerdo, el operador de telecomunicaciones puede recurrir al OSIPTEL para que emita el respectivo mandato de compartición de infraestructura.

c) Sujeción del Contrato a la Ley N° 29904.

La relación de compartición que es materia de análisis fue creada como resultado del proceso de negociación referido en el numeral 2.13 del Contrato, que llevó a las partes a suscribirlo el 03 de marzo de 2015 en el marco de la Ley N° 29904, según se refiere en el numeral 5.1 de la Cláusula Quinta del Contrato.

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

d) Procedencia de la solicitud de emisión de Mandato de Compartición solicitada por AZTECA PERÚ.


De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1237/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ELSE adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, AZTECA PERÚ precisó que dicha comunicación era enviada en el marco de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904, que se refiere a la posibilidad del operador de telecomunicaciones de solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición ante la falta de acuerdo con el

⁴ Código Civil:

“Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 54

concesionario eléctrico una vez transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (21 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. Según se ha señalado en párrafos precedentes, la solicitud de AZTECA PERÚ al OSIPTTEL para la emisión de mandato fue ingresada el 19 de enero de 2018, esto es, transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles supuesto por la norma citada.

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

4.2 COMPETENCIA DEL OSIPTTEL PARA EMITIR EL MANDATO DE COMPARTICIÓN SOLICITADO.

4.2.1 POSICIÓN DE OSIPTTEL PARA EFECTOS DEL PROYECTO DE MANDATO.

a) Antecedentes del Contrato que creó la relación de compartición de infraestructura existente entre ELSE y AZTECA PERÚ.


Los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2015 entre ELSE y AZTECA PERÚ, referidos por ELSE al sustentar su posición⁵, permiten entender las consideraciones que tuvieron las partes para acordar los términos del Contrato suscrito en su oportunidad. No obstante, en el presente procedimiento la actuación del OSIPTTEL se encuentra acotada a evaluar la solicitud formulada por AZTECA PERÚ a ELSE el 21 de agosto del 2017, a efectos de variar los términos inicialmente acordados en el Contrato en lo relativo a las condiciones económicas de la contraprestación periódica.

Se debe enfatizar que el mandato es un instrumento de naturaleza normativa que tiene efectos a partir de su entrada en vigor y en adelante. Por ello, no resulta preciso analizar en este procedimiento las comunicaciones cursadas entre las partes en las negociaciones sostenidas en el año 2015, que dieron lugar al acuerdo que AZTECA PERÚ ha solicitado modificar requiriendo la intervención del OSIPTTEL en el presente procedimiento. Ello, sin perjuicio de que la referida documentación pueda ser analizada por los órganos del OSIPTTEL que ejercen las funciones de supervisión y fiscalización, o en su caso la de solución de controversias.

En el presente procedimiento se analizará si corresponde o no modificar las condiciones económicas referidas a la contraprestación periódica prevista en el

⁵ Cfr. con el acápite "b) ¿Cómo negociamos y qué pactamos con AZTECA para el uso y acceso a nuestras instalaciones?", párrafos 12 al 16 del Escrito N° 2 de ELSE (Apéndice – Antecedente 2 del informe).



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 54

Contrato, a efectos que éstas reflejen los precios máximos a los cuales se deben sujetar todos los acuerdos de acceso y uso de infraestructura que se celebren bajo el marco de la Ley N° 29904. En caso que el resultado del análisis fuera que sí corresponde realizar tal modificación, se emitirá el mandato pertinente.

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

Respecto de lo señalado por ELSE al sustentar su posición en el presente procedimiento⁶, en relación a que la Ley N° 29904 tiene como finalidad expresa la promoción del despliegue de infraestructura para el desarrollo de la banda ancha específicamente a través de la construcción de la RDNFO; se considera preciso aclarar que la compartición de infraestructura regulada por la citada Ley N° 29904 no se encuentra referida únicamente al despliegue de la red portadora de telecomunicaciones de titularidad del Estado (RDNFO).


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

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

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

⁶ Cfr. con el acápite "c) El marco regulatorio especial aplicable al Contrato no reconoce que OSIPTEL tenga facultad normativa respecto de la retribución aplicable al Contrato pues la misma está definida en una norma general", en específico los párrafos 17 al 25 del Escrito N° 2 de ELSE, así como con el acápite "d) ¿Hay un interés público detrás de la solicitud de mandato efectuada por AZTECA?", párrafos 36 al 46 del referido Escrito (Apéndice – Antecedente 2 del informe).



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 54

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

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


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

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

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

Se debe recordar que de acuerdo a la Ley N° 29904 y su Reglamento, los operadores de telecomunicaciones deben remunerar el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de modo que el concesionario eléctrico recupere las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. De manera correlativa, los concesionarios eléctricos deben recibir remuneraciones que cubran los referidos costos y el respectivo margen de utilidad razonable. Precisamente, la Metodología prevista en el Anexo N° 1 de la



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 54

Ley N° 29904 debe permitir al concesionario eléctrico recibir una remuneración mensual que cubra la operación y mantenimiento del acceso y uso compartido, lo que será analizado en acápite subsiguientes del presente informe.

c) Cuestionamiento de la competencia del OSIPTEL para modificar las condiciones de un contrato de acceso y uso de infraestructura creado bajo el marco de la Ley N° 29904.

- **Marco legal que sustenta la intervención del OSIPTEL en el presente procedimiento de emisión de mandato.**


Respecto a lo señalado por ELSE al sustentar su posición en el presente procedimiento⁷, en relación a que la Ley N° 29904 no otorgaría al OSIPTEL la competencia para modificar acuerdos contractuales para el acceso y uso vigentes; se debe señalar, en primer término, que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Contrato (en el año 2015) establecían lo siguiente:

- El acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- La determinación de las referidas contraprestaciones se sujeta a la metodología que establezca el Reglamento de la Ley N° 29904 (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- El OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de las reglas antes citadas sobre la contraprestaciones periódicas por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias (artículo 32 de la Ley N° 29904).
- El resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904).

En ese sentido, la autonomía de la voluntad y libertad contractual previstas en el artículo 62 de la Constitución –señalado por ELSE al sostener su posición–, en lo que se refiere a la provisión del acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, cuenta con los límites especiales establecidos por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, a efectos de hacer posible la

⁷ Cfr. con el acápite "c) El marco regulatorio especial aplicable al Contrato no reconoce que OSIPTEL tenga facultad normativa respecto de la retribución aplicable al Contrato pues la misma está definida en una norma general", en específico los párrafos 26 al 33 del Escrito N° 2 de ELSE, así como el "Segundo Otrosí Decimos" del referido Escrito (Anexo – Apéndice 2).



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 54

masificación del acceso y uso del servicio público de acceso a Internet de Banda Ancha, en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia y eficiencia.

Los referidos límites se observan precisamente en los precitados artículos 13.1 y 13.4 de la Ley N° 29904, cuando impone a los concesionarios de energía la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, limitándoles la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente, y además estableciendo que las contraprestaciones aplicables se determinan con una metodología también definida normativamente. Todo ello, en un esquema de intervención en el que se encarga a una entidad del Poder Ejecutivo (un Organismo Regulador), a través del artículo 32 de la Ley N° 29904, velar por el cumplimiento de las referidas limitaciones⁸.

Cabe agregar que las limitaciones antes referidas son coherentes con: (i) el artículo 58 de la Constitución, que establece materias reservadas a la actuación principal del Estado, como son los servicios públicos e infraestructura, (ii) el artículo 61 de la Constitución, que impone al Estado el deber de facilitar la libre competencia que, en este caso, corresponde a los mercados de telecomunicaciones haciendo un uso eficiente de la infraestructura disponible, y (iii) el artículo 119 de la Constitución, por el cual se asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- la atribución de dirigir los servicios públicos.

Bajo dicho marco constitucional, en el presente procedimiento sujeto a la Ley N° 29904, el OSIPTEL ejerce funciones de Organismo Regulador que le han sido encomendadas a través de una ley orgánica⁹, relativas a la “*regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional*”.


- ***La relación de compartición creada por un contrato de compartición, puede ser modificada o regulada durante su vigencia, o incluso extinguida antes de su vencimiento.***

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

⁸ Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

⁹ Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 17 de 54
	INFORME	

Cabe indicar que el marco normativo establecido por los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904, así como el artículo 25 de su Reglamento, no limita a que un contrato de compartición únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de compartición, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones jurídicas. En ese sentido, las partes de un contrato de compartición, durante su ejecución, pueden celebrar contratos que dispongan la modificación, regulación o extinción de la respectiva relación jurídica. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.

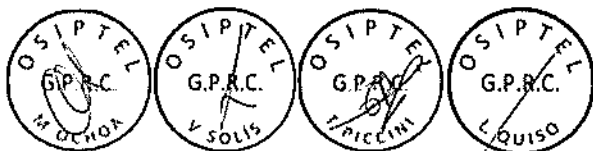
Es preciso señalar que durante el transcurso de una relación de compartición, algunas condiciones que en el inicio pudieron haber sido eficientes y promovían una mayor competencia en los mercados de telecomunicaciones, pueden devenir en discriminatorias y/u originar ineficiencias que perjudiquen a algunos operadores de telecomunicaciones frente a otros. Asimismo, los acuerdos pueden contener condiciones que constituyan una aplicación incorrecta de las reglas a las cuales debe ceñirse una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 y que impidan concretar los fines que ésta persigue. En ese sentido, los términos de la relación de compartición creada por las partes, pueden terminar dañando el proceso competitivo.


- **Falta de acuerdo entre las partes que sustenta el mandato que se emitiría en el presente procedimiento.**

La solicitud de AZTECA PERÚ formulada a ELSE con fecha 21 de agosto del 2017 (mediante carta DJ-1237/17), constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, la posición adoptada por ELSE respecto del referido requerimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles deriva en una falta de acuerdo que faculta al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato, a fin de decidir sobre las condiciones económicas de la contraprestación periódica del Contrato que AZTECA PERÚ considera necesario modificar, regular o extinguir.

Consecuentemente, a través de un mandato de compartición que el Consejo Directivo del OSIPTEL emita con sujeción a la Ley N° 29904 y su Reglamento, será posible modificar la relación de compartición creada por el Contrato en lo que se refiere a la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura que es objeto de compartición.

Se precisa que la emisión de mandatos de compartición sustituye la voluntad de las partes en una intervención subsidiaria del OSIPTEL cuando las partes no han llegado a acuerdo luego del período de negociación respectivo. En ese sentido, la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 es estricta respecto de su texto, por cuanto en ésta se menciona la inexistencia de un contrato de acceso y uso de



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 54

infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición. Como se ha señalado en párrafos precedentes, el "contrato" es un concepto que tiene una definición legal, que implica el *"acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."*

En el caso materia de análisis no resulta posible entender –como incorrectamente lo hace ELSE al sostener su posición- que un contrato sea algo distinto a lo que es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales. Dicha lectura, además de inconsistente con el concepto legal de "contrato", es inconsistente con la finalidad de la Ley N° 29904, que tutela el "acceso y el uso" de la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de "Banda Ancha" y ésta es, según el artículo 4 de la referida Ley la conectividad de datos principalmente a Internet que, entre otras características, debe ser *permanente* y permitir al usuario estar *siempre en línea*.

Ello únicamente será viable si las relaciones de compartición de infraestructura establecidas para hacer posible la provisión de Banda Ancha, son sostenibles en el tiempo. Dicha sostenibilidad puede requerir que las referidas relaciones y sus condiciones, en el tiempo, sean reguladas, modificadas o incluso extinguidas, en acuerdos posteriores al que determinó su creación.


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

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

- ***Aplicación del artículo 62 de la Constitución cuando se refiere a relaciones contractuales que versan sobre materias sujetas a la competencia del OSIPTEL como Organismo Regulador.***

En párrafos precedentes, se ha desarrollado la consistencia del artículo 62 de la Constitución con los artículos 13 y 32 de la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, en lo relativo a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de las



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 19 de 54
	INFORME	

partes cuando se ejercitan en relaciones de compartición de infraestructura sujetas a dicha ley.

Por otra parte, y aun cuando en el presente procedimiento de emisión de mandato de compartición no se ejerce la función de solución de controversias que la ley confiere a los Organismos Reguladores, se considera importante recordar que la disposición del artículo 62 de la Constitución relativa a la solución de conflictos contractuales en la vía arbitral o en la judicial (v.g. función jurisdiccional) -mencionada por ELSE al sustentar su posición-, ha sido desarrollada legislativamente por la Leyes N° 27332¹⁰ y N° 29158¹¹ cuando se aplica respecto de relaciones contractuales existentes en mercados sujetos a regulación económica, habiendo sido ponderada con las disposiciones constitucionales que sustentan la necesidad de la actividad regulatoria del Estado en la provisión de servicios públicos, la expansión de la infraestructura de uso público, la promoción de la competencia o la protección de los derechos de los usuarios de dichos servicios.

En efecto, como no debe escapar al conocimiento de ELSE por las actividades reguladas que realiza en el sector energía, los organismos reguladores cuentan con la función de solución de controversias definida por la citada Ley N° 27332 que se define como aquella que *“comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados”*. En esa línea, la Ley N° 27336¹² establece que el OSIPTEL, en ejercicio de su función de solución de controversias, *“es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”*.


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

¹⁰ Cfr. con el artículo 3, numeral 3.1, literal e), de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

¹¹ Cfr. con el artículo 32, numeral 3, de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

¹² Cfr. con el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 54

- **Posición del OSIPTEL respecto de las solicitudes de ELSE para que declare improcedente la solicitud de AZTECA PERÚ o suspenda el presente procedimiento.**

La eventual exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en *una ley o en mandato judicial expreso*, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUO de la LPAG¹³. Respecto de lo cual, se debe señalar que: (i) no se tiene conocimiento de la existencia de alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza en el presente procedimiento, la atribución normativa antes señalada; y (ii) a la fecha del presente informe, tampoco se ha recibido notificación de algún mandato judicial expreso que disponga que el OSIPTEL no ejerza la atribución en mención.

En consecuencia, no resulta viable acoger la solicitud de ELSE para declarar improcedente la solicitud de AZTECA PERÚ respecto de la modificación de las condiciones económicas aplicables a la contraprestación mensual del Contrato suscrito con ELSE. Asimismo, tampoco existe justificación para suspender el presente procedimiento o la abstención en el ejercicio de la atribución que corresponde al OSIPTEL en el presente procedimiento, siendo ésta la función normativa respecto de la solicitud de AZTECA PERÚ antes mencionada.

4.2.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

- **Sobre los comentarios de AZTECA PERÚ:**

AZTECA PERÚ ha comentado el Proyecto de Mandato expresando que se encuentra de acuerdo con lo expuesto en el Informe N° 00075-GPRC/2018 –que sustenta el Proyecto de Mandato- respecto de la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir en el presente procedimiento, un mandato que modifique la relación de compartición de infraestructura que mantiene dicho operador con ELSE, en torno a las condiciones económicas a ser aplicadas para la contraprestación periódica. En ese sentido, no se considera necesario realizar mayor análisis sobre dichos comentarios.


Cabe indicar que, los términos en los que AZTECA PERÚ ha formulado los comentarios antes señalados pueden ser observados en los acápites I y II de su Carta DJ-830/18 (Apéndice -Antecedente 4- del presente Informe) relativos a la negociación sostenida en el año 2015 entre las partes para la suscripción del Contrato y sobre la procedencia de la emisión del Mandato de Compartición.

De manera complementaria, AZTECA PERÚ ha cuestionado la posición expuesta por ELSE al expresar su desacuerdo con el Proyecto de Mandato respecto de la supuesta

¹³ Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

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



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 21 de 54
	INFORME	

incompetencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir el presente Mandato de Participación. Los términos del cuestionamiento de AZTECA PERÚ pueden ser observados en los acápites I al IV de su Carta DJ-993/18 (Apéndice -Antecedente 6- del presente Informe), en los que sustenta que el Contrato no es inmutable, la competencia del Consejo Directivo para modificar las condiciones económicas del Contrato a través de la emisión de un mandato, la necesidad de resguardar un interés público protegido y que la solicitud de nulidad de una cláusula que contraviene una norma imperativa no es el único remedio para solucionar el problema existente en su relación de participación.

- **Sobre los comentarios de ELSE:**


ELSE ha comentado el Proyecto de Mandato reiterando argumentos expuestos al presentar su posición respecto de la solicitud de AZTECA para la emisión de mandato. Los comentarios de ELSE pueden ser observados en los acápites a), b) y c) de su Escrito 06 (Apéndice -Antecedente 5- del presente Informe), relativos a la imposibilidad de emitir un mandato ante la existencia del Contrato, así como la imposibilidad de que éste sea modificado por un mandato y la inexistencia de facultades del OSIPTEL para modificar la remuneración pactada en el Contrato.

En ese sentido, nos remitimos a lo señalado en los literales a), b) y c) del acápite 4.2.1 del presente Informe y, de manera complementaria, considerando que los argumentos expuestos por ELSE en su Escrito 06 son similares a los argumentos que otro administrado (Electro Dunas S.A.A.) expuso al comentar un proyecto de mandato de participación de infraestructura similar al del presente procedimiento, nos remitimos al análisis efectuado por el OSIPTEL en el acápite 4.2.6 del Informe N° 00082-GPRC/2018 de 27 de marzo de 2017 -publicado en la página web institucional¹⁴ para su revisión por parte de cualquier interesado-, mediante el cual se sustentó el mandato de participación de infraestructura aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 080-2018-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de abril de 2018.

Entre los fundamentos expuestos en el acápite 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018 de 27 de marzo de 2017 (páginas 73 a 85), se indica que la Ley N° 29904 tiene sustento en el deber constitucional del Estado de actuar principalmente en el desarrollo de servicios públicos e infraestructura (artículo 58), en cuyo marco, a través del artículo 13 de la Ley N° 29904 se ha limitado las libertades de contratar y de estipulación de las partes de una relación de participación de infraestructura, con el objetivo de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones para masificar la Banda Ancha. En ese sentido, la relación de participación de infraestructura que ELSE mantiene con AZTECA PERÚ, se encuentra sujeta al marco jurídico especial, dogmático y orgánico, que ha sido detallado en párrafos precedentes y en el citado acápite 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018.

¹⁴ Enlace web: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaaps/data/1/1/1/PAR/res080-2018-cd-osiptel/Res080-2018-CD_Inf082-GPRC-2018.pdf.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 54

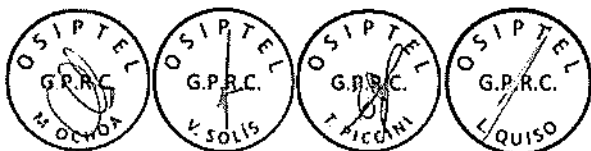
Asimismo, en el acápite 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018 se enfatiza que mediante el artículo 32 de la Ley N° 29904, el Estado ha encargado al OSIPTEL la tarea de velar por el cumplimiento de las disposiciones del artículo 13 de la Ley N° 29904, dictando las disposiciones específicas que para ello resulten necesarias. Se explica que dicha disposición tiene sustento en los artículos 58 (deber de actuación del Estado en los servicios públicos) y 119 (dirección de los servicios públicos por el Poder Ejecutivo) de la Constitución, siendo además una disposición consistente con la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores, en cuanto a la función normativa con la que cuentan los Organismos Reguladores para la regulación de determinados mercados vinculados a los servicios públicos e infraestructura.


Se precisa además que en el acápite 4.2.6 del Informe N° 00082-GPRC/2018, que incluso la disposición del artículo 62 de la Constitución referida a la solución de controversias contractuales en el fuero jurisdiccional, tiene un desarrollo legislativo especial cuando se trata de relaciones contractuales en mercados regulados, en los que los Organismos Reguladores cuentan con la función de solucionar controversias entre las empresas reguladas. Ello debería ser de conocimiento de ELSE por las actividades económicas que realiza en el subsector electricidad, que también son materia de regulación económica.

De otro lado, en su Escrito 07 (Apéndice -Antecedente 7- del presente Informe), ELSE reitera que el OSIPTEL necesariamente tiene que entrar al detalle de los antecedentes de la negociación que llevaron a la celebración del Contrato, en caso contrario no podría justificar la emisión de un eventual mandato. Respecto de lo cual, se reitera lo indicado en el literal a) del numeral 4.2.1 del presente Informe y se enfatiza que el presente procedimiento de emisión de mandato corresponde al proceso de negociación iniciado por AZTECA PERÚ con ELSE el 21 de agosto del 2017 para adecuar la contraprestación periódica pactada en el Contrato al precio máximo de la Metodología para compartición de infraestructura que corresponde a la Ley N° 29904 (v.g. artículo 13.4.b) y que, ante la falta de acuerdo entre las partes, motivó que una de éstas recurra al OSIPTEL en la vía de mandato para que emita la decisión que corresponda.

En un régimen legal de precios máximos regulados como el aplicable a la relación de compartición creada por AZTECA PERÚ y ELSE mediante el Contrato, no admite como posibilidad que pueda sustentarse jurídicamente, la existencia de valores pactados por las partes que excedan el máximo legal respectivo, con independencia de las consideraciones que hayan tenido para arribar a dichos pactos. Por ello, los antecedentes de la negociación realizada en el año 2015, no resultan relevantes para la decisión a ser emitida en el presente procedimiento.

Asimismo, cabe señalar que los cometarios de ELSE contenidos en su Escrito 07 (Apéndice -Antecedente 7- del presente Informe) y que se refieren al cálculo de los precios máximos conforme a la Metodología, serán analizados en párrafos



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 23 de 54
	INFORME	

subsiguientes del presente informe. Por su parte, los argumentos relativos a un arbitraje que se habría iniciado de acuerdo al Contrato, nos remitimos a lo señalado en párrafos precedentes sobre la competencia legal exclusiva con la que cuenta el Consejo Directivo del OSIPTEL a efectos de emitir un mandato solicitado por una de las partes de una relación de compartición creada bajo el marco de la Ley N° 29904 – transcurrido el periodo de negociación respectivo- para que se modifique la referida relación, competencia que determina el modo en que debe aplicarse en el presente caso concreto el antes citado artículo 72.2 del TUO de la LPAG.

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LA SOLICITUD DE MANDATO.

a) Comentarios respecto de la solicitud de Mandato.

Al respecto, AZTECA PERÚ¹⁵ solicita que se adecue la contraprestación de la retribución considerando la modificación de las variables “f” y “m”, en atención a lo dispuesto en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, teniendo en cuenta que el valor de la variable “Na” es tres (3), de acuerdo a lo previsto en el sustento de la metodología referida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

De manera contraria, ELSE¹⁶ indica que la fórmula de la referida metodología incluye la aplicación de un factor “B” que distribuye los costos sólo entre los arrendatarios reales de la infraestructura eléctrica. Asimismo, manifiesta que la interpretación de AZTECA PERÚ no reconoce la totalidad de los costos relacionados a la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida en la medida que desconoce que los éstos tienen un alto componente fijo.

b) Marco conceptual.


El Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de la contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental), asignable a cada arrendatario.

De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es

¹⁵ Cfr. con el acápite “5.2. Retribución por el uso de infraestructura” del carta DJ-164/18 de AZTECA PERÚ (Apéndice – Antecedente 1 del informe).

¹⁶ Cfr. con el acápite “e) ¿Cómo debe aplicarse el factor B de la Metodología?” y acápite “f) Sobre el análisis económico efectuado por AZTECA” del Escrito N° 2 de ELSE (Apéndice – Antecedente 2 del informe).



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 54

decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicación por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin compartición). Así, cada cable que se instala en la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobrecosto del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

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

c) Fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual.

El valor de la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (RM), según lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y modificatoria, se determina aplicando la siguiente fórmula:

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

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

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

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

$$B = 1 / Na$$

Donde *Na:* número de arrendatarios

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

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



OMc = f x OMs

f: 20% para baja tensión y 18,3% para media y alta tensión.
OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
OMs = $l/12 \times BT$	Baja Tensión
OMs = $h/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

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

Donde:

TP : Costo de las torres o postes regulados del sector energía.
m : 77% para baja tensión y 84,3% para media y alta tensión.
 (Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).
l : 7,2% para baja tensión.
h : 13,4% para media o alta tensión.

Asimismo, la aplicación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, da como resultado la contraprestación mensual que corresponde aplicar, por el acceso y uso de cada poste o torre, a un único operador de telecomunicaciones por la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Esta definición se basa en la premisa que cada operador que accede a la infraestructura de soporte eléctrico, instalará un (01) cable de comunicación, por lo que si algún arrendatario requiere instalar más de un cable de comunicación en el referido poste o torre, éste deberá pagar tantas veces el monto de la contraprestación mensual unitaria que se determine como cables haya instalado en dicho poste o torre.

Cabe señalar, que mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de agosto del 2017, el MTC modificó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, referida anteriormente, en cuanto a los valores de los parámetros "f" y "m", siendo los valores indicados anteriormente, los vigentes a la fecha.

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

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



Dicho componente representa la fracción del costo de OPEX mensual de la infraestructura sin compartición (componente denominado "OMs"), que equivale al OPEX que se genera de manera adicional como consecuencia de la compartición (componente denominado "OMc").

De otro lado, respecto del parámetro "m" que expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>m = 77% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>m = 77% (para baja tensión)</i>
	<i>m = 84,3% (para media y alta tensión)</i>

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

La determinación del valor que corresponde considerar como "Na", constituye parte del análisis y pronunciamiento del OSIPTEL, en función de sus facultades, al momento de emitir el presente Mandato de Compartición, y el cual está debidamente sustentado en el presente informe.

De esta manera, refiriéndonos concretamente a la normativa vigente, la lectura de la exposición de motivos de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 nos permite concluir que, la retribución mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientado al costo económico incremental adicional, en el que incurre el operador eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación; el cual fue dimensionado por el MTC en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico (resultado de dividir 139,23 Kg/Km entre 2.279,98 Kg/Km), en un escenario sin compartición.

En efecto, en la exposición de motivos de la resolución que aprueba los nuevos valores para "f" y "m", según lo detallado anteriormente, se señala el siguiente texto:


"(...)

Para el cálculo de la variable "f" utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio. De modo que el valor variable "f" utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:

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

$$\frac{3 \times 139.23}{2.279.98} \times 100 = 18.3\%$$



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 27 de 54
	INFORME	

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

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

(El resaltado es agregado).

Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26¹⁷⁾, el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 cables de comunicación.


Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto publicado para comentarios, según lo dispuesto por la **Resolución Vice Ministerial N° 698-2017-MTC/03**, en el cual se propuso un valor de "f" = 6,1%, debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de "f" = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (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" = 6,1% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)
Resultado del 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)	Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el

¹⁷ De fecha 04 de agosto de 2017, disponible en la página web del MTC http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metolog%C3%ADa_M_y_F.pdf



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 54

OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el “Na” aplicable debe ser igual a tres (03). En este punto es necesario señalar que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.

e) Efecto neutro para el arrendador y el arrendatario de considerar un “Na”= 3

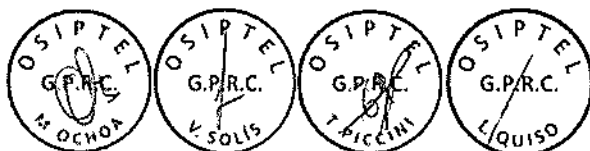
Con un “Na” = 03, el arrendatario pagará exclusivamente, a través de la renta mensual, el costo incremental individual originado por instalar su propio medio de comunicación (01 cable); y el arrendador recibirá de este específico arrendatario, el monto equivalente al costo adicional por el uso de su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


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

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

En este caso, la aplicación del parámetro “f” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor del número de arrendatarios “Na” = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

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



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 54

conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

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

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

Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (f)	Renta total con "f"= 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA=3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferencial (RM total 1 - costo)	Diferencial (RM total 2 - costo)	Impacto en el costo de compartición
5	25,0	15,0	5,0	25,0	3,0	15,0	0,0	-10,0	40%
4	20,0	15,0	5,0	20,0	3,8	15,0	0,0	-5,0	25%
3	15,0	15,0	5,0	15,0	5,0	15,0	0,0	0,0	0%
2	10,0	15,0	5,0	10,0	7,5	15,0	0,0	5,0	-50%
1	5,0	15,0	5,0	5,0	15,0	15,0	0,0	10,0	-200%


Notas:

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

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

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



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 54

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

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

f) Sobre el costo incremental variable reflejado en el parámetro "f".

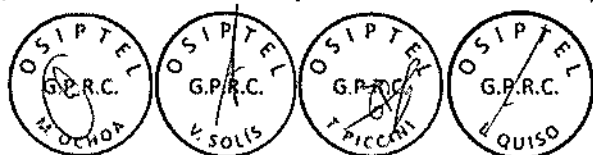
El numeral 2.5.3 del Informe Nº 292-2017-MTC/26 hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico, señalando lo siguiente:


"2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:

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

- Los costos atribuidos a estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.
- Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable "h", el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)."
(El énfasis es agregado.)

Como se aprecia, el informe citado aclara que el parámetro "h" (que, al igual que el parámetro "f", forma parte de la fórmula que estima la retribución mensual a ser



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 31 de 54
	INFORME	

pagada por un arrendatario) incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la referida variable "h" incluye no sólo los costos listados textualmente, sino todos los costos de operación y mantenimiento (OPEX) incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica. De esta forma, el valor del parámetro "f" refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

Dicho OPEX incremental dividido entre estos tres (03) arrendatarios, nos da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios estén en un momento determinado, accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, el operador eléctrico recupera sus costos incrementales fijos a través de la aplicación de la fórmula, a través del parámetro "h", para el caso de estructuras de media y alta tensión. Esta aclaración, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

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


g) Complementariedad de las disposiciones normativas.

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

El artículo 7 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹⁸, señala como uno de los principios el siguiente:

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de julio de 2004.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 54

“Onerosidad de la Compartición.- Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable.” (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición.

Complementariamente, el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295¹⁹, establece como uno de los principios de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que:

“(...) toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.” (Lo resaltado es nuestro).

En atención a dicho artículo, la renta mensual que debe pagar un beneficiario (arrendatario), debe retribuir únicamente el costo incremental generado por dicho beneficiario.

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica²⁰, señala que:

12.3 “El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que actúan como concedentes de los servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes por carretera y ferrocarriles, respectivamente, establecen dentro de sus respectivas regulaciones, los mecanismos para el reconocimiento de los costos incrementales en los que incurran sus concesionarios a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.” (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la normativa reconoce la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, en estricto.

Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904²¹ señala que:

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


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

¹⁹ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

²⁰ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

²¹ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 33 de 54
	INFORME	

costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

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

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


h) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a ELSE.

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a ELSE, entre otros, información de los códigos de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ. En atención a dicho requerimiento, mediante escrito N° 4 recibido el 02 de marzo de 2018, ELSE reportó información sobre postes de concreto de baja/media tensión y torres de acero de alta tensión, sumando un total de **11.320 estructuras** arrendadas a AZTECA PERÚ, e instaladas en diversos distritos de los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Cusco, Madre de Dios y Puno. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por ELSE.

N°	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS DE OSINERGMIN	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS	NIVEL DE TENSIÓN	CANTIDAD DE POSTES Y/O TORRES
1	PPC06	CONCRETO	BAJA TENSIÓN	2.098
2	PPC17	CONCRETO	MEDIA TENSIÓN	8.097
3	TA060SIR2D1C2250A-3	ACERO	ALTA TENSIÓN	575
4	TA138SIR2D1C2315A-3	ACERO	ALTA TENSIÓN	550

Sobre esa base, en el siguiente cuadro se muestran los precios y la descripción de la infraestructura de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro proporcionado por ELSE, correspondiente a 11.320 estructuras de soporte eléctrico, identificándose dos (02) códigos de la base de datos "SICODI" y dos (02) códigos de la base de datos "MOD INV_2018".



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 34 de 54
	INFORME	

N°	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS DE OSINERGMIN	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	PRECIO DE ESTRUCTURA (US\$ sin IGV)	BASE DE DATOS DE OSINERGMIN
1	PPC06 (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	189,80	SICODI
2	PPC17 (*)	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	358,26	SICODI
3	TA060SIR2D1C2250A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30°)TIPO A2-3	10.334,45	MOD INV_2018
4	TA138SIR2D1C2315A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO AS2 (30°)TIPO AS2-3	13,393.56	MOD INV_2018

Nota:

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

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


N°	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS DE OSINERGMIN	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)
1	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	BAJA TENSIÓN	0,14
2	PPC17	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	MEDIA TENSIÓN	0,45
3	TA060SIR2D1C2250A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30°)TIPO A2-3	ALTA TENSIÓN	13,10
4	TA138SIR2D1C2315A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO AS2 (30°)TIPO AS2-3	ALTA TENSIÓN	16,97

Nota:

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

Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada poste o torre de ELSE por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por ELSE a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores



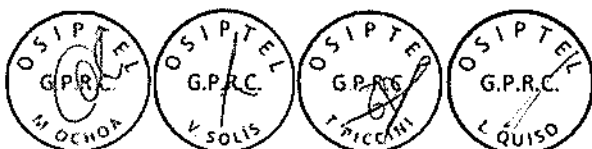
	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 35 de 54
	INFORME	


indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.

Cabe destacar, que los valores de retribución mensual por arrendatario señalados, son el resultado de la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, según se detalla a continuación:

- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada poste o torre, multiplicamos el precio CIF unitario de cada poste o torre extraído de las bases de datos "MOD INV_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de **1,843** (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de **1,77** (en el caso de líneas de baja tensión), obteniendo como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- De otro lado, a fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de **0,134** (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de **0,72** (en el caso de líneas de baja tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de **0,183** (en el caso de líneas de media o alta tensión) y por el factor de **0,20** (en el caso de líneas de baja tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 3 arrendatarios. En este punto cabe reiterar que el costo total incremental (OMc) ha sido dimensionado para albergar a 03 cables de comunicación (Na = 3). Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos, sin IGV, lo que corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de ELSE, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación de la retribución mensual por arrendatario establecida, así como, los valores de retribución mensual por cada arrendatario, para cada una de las **11.320 estructuras de soporte eléctrico** que ELSE arrienda a AZTECA PERÚ, según lo reportado en el marco del presente procedimiento.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 54

4.3.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

a) Comentarios respecto del Proyecto de Mandato.

AZTECA PERÚ, en sus comentarios al proyecto de mandato²², solicita que se precise en el mandato de compartición que: (i) El valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento; (ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología; y (iii) La contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y ELSE excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología. Asimismo, AZTECA PERÚ remitió comentarios adicionales²³ en relación a lo señalado por ELSE en sus comentarios al Proyecto de Mandato.

En sus comentarios al proyecto de mandato²⁴, ELSE advierte la necesidad de considerar el valor de la variable "Na" sea igual a uno (01) en aquellos casos en que la empresa AZTECA sea arrendataria de su infraestructura, asimismo, señala que el OSIPTEL no tiene facultad para modificar la remuneración establecida en el Contrato. Cabe también señalar que ELSE remitió comentarios adicionales²⁵ en relación a lo señalado por AZTECA PERÚ en sus comentarios al Proyecto de Mandato.

b) Sobre la solicitud de AZTECA PERÚ de pronunciamiento respecto de la metodología del año 2013.

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

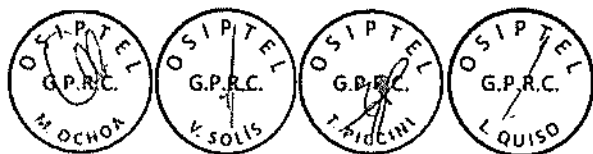
De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de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


²² Carta DJ-830/18 de AZTECA PERÚ recibida el 30.04.2018 (Apéndice – Antecedente 4 del informe).

²³ Carta DJ-993/18 de AZTECA PERÚ recibida el 23.05.2018 (Apéndice – Antecedente 6 del informe).

²⁴ Escrito N° 6 de ELSE recibido el 11.05.2018 (Apéndice – Antecedente 5 del informe).

²⁵ Escrito N° 7 de ELSE recibido el 17.05.2018 (Apéndice – Antecedente 7 del informe).



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 37 de 54
	INFORME	

c) **Facultad del OSIPTEL de modificar la remuneración establecida en el Contrato.**

Al respecto, se debe señalar que la modificación de la retribución pactada en el Contrato se sustenta, en principio, en el hecho que AZTECA PERÚ solicitó dicha modificación a ELSE y ésta no aceptó la referida solicitud, con lo cual se abrió la posibilidad para AZTECA PERÚ de recurrir al OSIPTEL en vía de mandato para solicitar se aplique el precio máximo regulado respectivo; ello, en el marco de lo dispuesto por los artículos 13.4.b y 32 de la Ley N° 29904 y los artículos 25 y 30.4 de su Reglamento.

Cabe reiterar además que el régimen legal en el cual fue creado el Contrato (Ley N° 29904), genera derechos y obligaciones para ambas partes, siendo una de éstas la sujeción a un régimen de precio máximo regulado. En efecto, se recuerda que el Reglamento de la Ley N° 29904 establece lo siguiente:

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


[El énfasis es agregado]

De manera complementaria, se debe enfatizar que la relación de compartición de infraestructura que ELSE y AZTECA PERÚ crearon el 03 de marzo 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, conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 58 de la Constitución²⁶.

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.

²⁶ "Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." [el subrayado es agregado]



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 54

En efecto, la Ley N° 29904 es una ley que, como se señaló en el Mandato de Participación, 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 que 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 constitucional²⁷.


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.

Las limitaciones antes referida a las libertades de los concesionarios de energía eléctrica y de los operadores de telecomunicaciones, 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.

²⁷ 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 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]



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 39 de 54
	INFORME	

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


De esta manera, 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 el artículo 61 de la norma constitucional que 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 y no discriminatorias.

Considerando el referido marco constitucional, el Congreso de la República estableció en el artículo 32 de la Ley N° 29904, que el OSIPTEL *“es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 (...) de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias”*. En ese sentido, el OSIPTEL ha recibido la atribución de dictar aquellas disposiciones que resulten necesarias para que el artículo 13 de la Ley N° 29904 -que establece los límites a la autonomía privada, a la libertad de contratar y a la libertad de estipulación antes expuestos-, se cumplan; lo que implica, entre otras medidas, aplicar la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904 para determinar los precios máximos correspondientes, así como velar por el otorgamiento de precios en condiciones no discriminatorias por parte de los titulares de la infraestructura eléctrica.

Cabe añadir que un régimen de precios máximos es en su misma esencia reflejo del principio de no discriminación, toda vez que ante circunstancias objetivamente similares (v.g. costo de la inversión u operación de un mismo poste o torre), debería corresponder que se aplique un mismo precio –orientado a dichos costos- a todos los arrendatarios de la infraestructura. Justamente por ello, en caso que las partes pacten precios inferiores al máximo, a efectos de asegurar la aplicación del principio de no discriminación, dicho precio menor debe ser ofrecido a terceros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a la respectiva infraestructura, como expresamente lo establece el Reglamento de la Ley N° 29904.

En este punto, es preciso reiterar que en un régimen legal de precios máximos regulados como el aplicable a la relación de compartición creada por AZTECA PERÚ y ELSE mediante el Contrato, no admite como posibilidad que pueda sustentarse jurídicamente, la existencia de valores pactados por las partes que excedan el máximo legal respectivo.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 54

Asimismo, lo manifestado es coherente con la función normativa del OSIPTEL dispuesta por las Leyes N° 27332 y N° 29158, por la cual actúa sobre mercados de servicios públicos e infraestructura de uso público dictando medidas para asegurar los fines de interés general que, en el presente caso, le ha encomendado la precitada Ley N° 29904.

d) Respecto del valor a considerar para la variable "Na" (número de arrendatarios).

Sobre este particular nos remitimos a lo señalado en el literal d), e) y f) del acápite 4.3.1 del presente Informe y adicionalmente enfatizar que en la RVM N° 768 el dimensionamiento empleado para calcular el costo incremental de la infraestructura eléctrica que es objeto de compartición, consideró tres (3) cables de comunicaciones, con lo que se fijó dicho costo incremental variable total en 18.3% (v.g. 6.1% x 3).


Lo señalado anteriormente se refuerza con lo mostrado en el siguiente esquema:

COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO "f"

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)	PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 258-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	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" = 6,1% (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 del 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)	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)

Como se observa del referido esquema, el MTC publicó para comentarios: (i) en febrero de 2017, un valor del parámetro "f" = 5,8% dimensionado respecto de la instalación de un cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, y (ii) en julio de 2017, un valor del parámetro "f" = 6,1%, dimensionado también sobre la instalación de un cable de comunicación. Sin embargo, la RVM N° 768 fijó el parámetro "f" = 18,3%, considerando una única variación, referida ésta al número de cables empleado para el dimensionamiento del costo total de compartición, pero



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 54

manteniendo los demás criterios metodológicos considerados en los dos proyectos previos, es decir, el peso promedio por cable de fibra óptica, el peso promedio por línea de transmisión y el ratio entre ambos pesos.


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

De otro lado, respecto de lo señalado por ELSE sobre a una supuesta interpretación ilegítima por parte del OSIPTEL, del valor que corresponde a la variable "Na", se debe enfatizar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato, se ha analizado las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la RVM N° 768 y sus respectivos proyectos (publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03). Como resultado del referido análisis, el OSIPTEL, al emitir la decisión normativa contenida en el Mandato de Compartición, ha considerado que el valor del parámetro "Na" de la Metodología debe ser tres (3) por ser ello consistente con la construcción metodológica que sustenta la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, incluida su modificatoria.

Asimismo, respecto a lo señalado por ELSE respecto de que la determinación del valor de la variable "Na" no le compete al OSIPTEL, sino que esta debe ser resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias determinados en el contrato, se debe señalar que para efectos del presente procedimiento de emisión de Mandato, el valor que debe tomar dicha variable no es materia de acuerdo entre las partes, sino, es parte del pronunciamiento del OSIPTEL como parte del Mandato de compartición.

Al respecto, 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, para efectos de la determinación de la contraprestación mensual por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, como parte de la emisión del Mandato de Compartición entre AZTECA PERÚ y ELSE, el valor de cualquiera de las variables que intervienen en la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, incluida su modificatoria, debe ser resultado del análisis de este Organismo sobre la base de criterios técnicos y económicos debidamente fundamentados. De otro modo, considerar un valor determinado por las partes para cualquiera de las variables de la fórmula, implicaría para este organismo alejarse de dichos criterios objetivos y que pueden llevar a



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 54

incumplir las disposiciones de la Ley N° 29904 y su Reglamento sobre la contraprestación a ser aplicada en una relación de compartición.


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 ELSE 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 Compartición –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 determinado 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 compartición 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 determinados 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.

De esta manera, el OSIPTEL como parte de la determinación de la contraprestación mensual en el Mandato de Compartición entre AZTECA PERÚ y ELSE, 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 ELSE, 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 ELSE 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



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 54

la misma, mientras que se incrementaría la retribución mensual total, de manera proporcional a la cantidad de arrendatarios efectivos en cada momento.

Es importante recalcar, 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.

Finalmente, respecto de lo señalado por ELSE sobre que el OSIPTEL estaría yendo en contra de lo dispuesto por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, 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 Compartición, así como en el presente informe.

e) Respecto al principio de onerosidad de la compartición.


Respecto de lo señalado por ELSE, sobre la no aplicabilidad del criterio señalado en el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, se debe señalar que la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 cumple con los principios económicos señalados en dicho artículo, y de manera específica cuando señala lo siguiente:

“...
Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos” (Lo resaltado es nuestro).

En razón a ello, la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, es aplicable no solo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Ello, en virtud de lo dispuesto por el literal ii) del artículo 3, y los numerales 13.1 y 13.4.b. del artículo 13, de la propia Ley N° 29904. En ese sentido, la fórmula en mención, es de aplicación incluso para el desarrollo de proyectos de telecomunicaciones que cuenten con estructuras de costos distintas al proyecto RDNFO, como puede ser cualquier proyecto



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 54

de telecomunicaciones financiado íntegramente por el sector privado, o proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.

En consecuencia, los principios económicos aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura del sector energía, son tanto aplicable a los mandatos emitidos bajo la Ley N° 29904 y la Ley N° 28295, tanto es así, que el OSIPTEL ha aplicado la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos en el marco de la Ley N° 28295.

4.4. EFECTOS DEL MANDATO QUE SE EMITA EN LA CONTINUIDAD DE LA RDNFO.

ELSE²⁸ rechaza las afirmaciones de AZTECA PERÚ referidas a que la aplicación de la Metodología del Anexo 1 de la Ley N° 29904 pactada en el Contrato genera un riesgo a la continuidad de la operación de la RDNFO, y que no se puede admitir que AZTECA PERÚ incumpla las obligaciones asumidas libremente conforme al Contrato.

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

Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. En ese sentido, en tanto no se emita el mandato respectivo los términos contractuales en cuestión continúan vigentes.

Se reitera que las condiciones económicas y los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura de ELSE por AZTECA PERÚ, solo a partir de su entrada en vigencia.

4.5. SOBRE LA COMISIÓN DE POSIBLES INFRACCIONES.


AZTECA PERÚ²⁹ y ELSE³⁰ señalan cada uno que la otra parte habría incurrido en conductas que constituyen infracciones tipificadas y sancionables por el OSIPTEL.

²⁸ Cfr. con el acápite "g) ¿Está en riesgo la continuidad del Proyecto de la RDNFO?", párrafos 82 al 85, del Escrito N° 2 de ELSE (Apéndice – Antecedente 2 del informe).

²⁹ Cfr. con el acápite "VI. Sobre la comisión de una infracción por parte de ELSE" del carta DJ-164/18 de AZTECA PERÚ (Apéndice – Antecedente 1 del informe).

³⁰ Cfr. con el "Tercer Otrosí Decimos" del Escrito N° 2 de ELSE (Apéndice – Antecedente 2 del informe).



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 54

Al respecto, el artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada.

Por su parte, los artículos 103 y 104 del Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, tipifican infracciones vinculadas a la provisión de información al OSIPTTEL y a la formulación de denuncias maliciosas.

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

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

4.6 SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN Y DISCREPANCIAS EN LOS MONTOS FACTURADOS ANTERIORMENTE.

a) Comentarios respecto del Proyecto de Mandato.

AZTECA PERÚ propone que, el último párrafo de la Cláusula Sexta que hace referencia a contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato modificada conforme al siguiente texto:


“Cláusula Sexta

(...)

Las partes señalan que estos valores unitarios serán ajustados en forma automática, sin que sea necesaria la suscripción de una adenda al presente Contrato de Compartición, cada vez que los componentes señalados en la fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen que AZTECA tenga que pagar a ELSE una retribución mensual menor a la vigente en la fecha de modificación de los componentes de la fórmula. De ser ese el caso, la modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste. De igual forma operará la modificación de dichos valores en caso se modifique la metodología de cálculo, salvo disposición normativa en contrario.”

Además, solicita que en la tabla incorporada a la modificación de la Cláusula Sexta se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 54

Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre.

Adicionalmente, AZTECA PERÚ solicita que se precise en el Mandato que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias correspondiente, en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del Mandato.

De otro lado, ELSE señala que lo que se disponga en el Mandato tendrá únicamente efectos a partir de su aprobación, por lo que no corresponde al OSIPTEL pronunciarse sobre un periodo anterior a dicha aprobación.


b) Ajuste automático de los valores de retribución mensual cuando resulten menores a los valores vigentes.

Respecto de lo planteado por AZTECA PERÚ de que cualquier modificación en la fórmula de cálculo de la contraprestación o de sus componentes, sea automática y sin necesidad de que medie una addendum a su contrato y siempre que derive en una contraprestación menor; se debe señalar que el OSIPTEL siempre ha velado porque las retribuciones (pagos) por los servicios mayoristas se retribuyan adecuadamente y en la oportunidad que correspondan. En esa línea, considera que el dinamismo en la variación de los parámetros de la citada fórmula o en la fórmula misma puede generar incentivos para no actualizar oportunamente los montos de las retribuciones ex-post modificación. En ese entendido, la generación de costos de transacción (suscribir adendas) puede desacelerar el traslado de los beneficios producto de dichos cambios.

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

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



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 47 de 54

c) Sobre las discrepancias en los montos facturados antes de la emisión del mandato de compartición.

Respecto de los comentarios de ambas partes, se debe señalar que cualquier concesionario tiene la facultad, de manera general, de resolver las controversias que se produzcan en la ejecución de sus relaciones de compartición de infraestructura en la vía de solución de controversias que corresponda según el marco jurídico aplicable. Sin embargo, el pronunciamiento del Consejo Directivo en el presente procedimiento está acotado específicamente, mediante el ejercicio de una función normativa, a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual de los Acuerdos, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias acordado por las partes en dichos Acuerdos o de la aplicación que de él puedan decidir realizar las partes atendiendo a sus propias consideraciones.

En cualquier caso, son las partes las que deben determinar si corresponde o no activar el mecanismo de solución de controversias pertinente para dilucidar algún tema de su relación de compartición de infraestructura que, a su consideración, así lo amerite.


Finalmente, dado que los Acuerdos, así como el presente mandato, se refieren a una relación jurídica de compartición de infraestructura regulada por la Ley N° 29904 y que se encuentra sujeta a las competencias del OSIPTEL; se considera pertinente recordar que, además de la función normativa con la que cuenta el Consejo Directivo de este Organismo Regulador, el OSIPTEL cuenta con la función de solución de controversias entre empresas, la cual, conforme a la Ley N° 27336³¹ implica que "(...) [el] OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios (...)." Y, en esa línea, el artículo 49 del Reglamento General del OSIPTEL determina que: "(...) La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario (...)".

d) Sobre considerar en el Mandato las cantidades arrendadas.

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1, la cantidad de torres de cada tipo que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a ELSE, se debe señalar que se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los cuatro (04) códigos reportados, manteniéndose los mismos valores de renta mensual unitaria, por arrendatario, publicados para comentarios.

³¹ Cfr. con el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018 Página: 48 de 54
	INFORME	

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

N°	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS DE OSINERGMIN	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)	CANTIDAD (**)
1	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	BAJA TENSIÓN	0,14	2.098
2	PPC17	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	MEDIA TENSIÓN	0,45	8.097
3	TA060SIR2D1C2250A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30°)TIPO A2-3	ALTA TENSIÓN	13,10	575
4	TA138SIR2D1C2315A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO AS2 (30°)TIPO AS2-3	ALTA TENSIÓN	16,97	550

Nota:

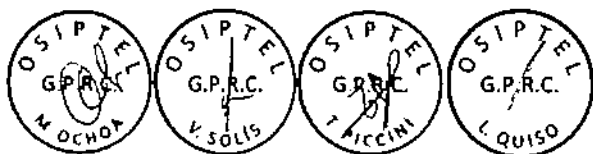
(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, y determinados en función a la Información remitida por ELSE y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN.


(**) De existir alguna discrepancia en las referidas cantidades deberá resolverse observando la descripción de estructura y la verificación *in situ*.

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada estructura de ELSE por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Es decir, que si dicha empresa requiriera instalar más de un cable de fibra óptica, pagaría de manera proporcional tantas veces como medios de comunicación instale en una determinada estructura de soporte eléctrico.

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

En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones consideradas en el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 03 de marzo de 2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 54

Al respecto, a través del Anexo 1 se propone modificar la Cláusula Sexta -Contraprestaciones- del referido Contrato a fin de establecer los valores de retribución mensual que deberá pagar AZTECA PERÚ como concepto de contraprestación por el uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ELSE, así como algunas consideraciones para la aplicación de dicha contraprestación.


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

1. La retribución mensual unitaria fijada en el Mandato es por el acceso y uso de cada estructura (poste o torre) de ELSE por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación, y constituyen precios máximos por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ELSE, los cuales entrarán en vigencia el primer día del mes siguiente a la fecha de publicación de la resolución que aprueba del presente Mandato.
2. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ELSE a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ELSE a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ELSE su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ELSE y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a dicho organismo.

3. AZTECA PERÚ deberá presentar a ELSE, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el



	DOCUMENTO	N° 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 54

acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ELSE, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ELSE, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ELSE debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

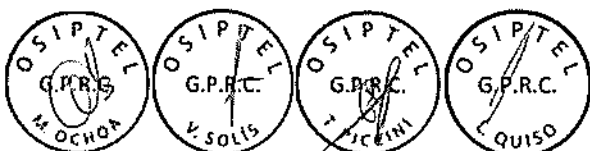
4. De no estar incluido en el Mandato alguna estructura de soporte eléctrico (poste o torre) que AZTECA PERÚ arrienda a ELSE, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.
5. Las retribuciones mensuales establecidas para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ELSE, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales de los parámetros m, l, h y f definidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.


5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Mandato de Compartición de Infraestructura con ELSE que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes 03 de marzo de 2015.

Atentamente,


 Lennin Quiso Córdova
 GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 54

ANEXO 1
RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ELSE

1.1 Modificar el numeral 6.1 de la cláusula sexta -Contraprestaciones- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ELSE y AZTECA PERÚ el 03 de marzo de 2015, con el siguiente texto:

"Sexta.- Contraprestaciones

6.1. La contraprestación por el uso de la infraestructura de ELSE será calculada conforme a los valores unitarios (por poste o torre) mensuales que se presentan a continuación y que han sido determinados conforme al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y sus modificatorias:

Nº	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS DE OSINERGMIN	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*)	CANTIDAD (**)
1	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	BAJA TENSIÓN	0,14	2.098
2	PPC17	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/400/150/330	MEDIA TENSIÓN	0,45	8.097
3	TA060SIR2D1C2250A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A2 (30°) TIPO A2-3	ALTA TENSIÓN	13,10	575
4	TA138SIR2D1C2315A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO AS2 (30°) TIPO AS2-3	ALTA TENSIÓN	16,97	550


Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, y determinados en función a la información remitida por ELSE y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2018" y "SICODI" del OSINERGMIN.

(**) De existir alguna discrepancia en las referidas cantidades deberá resolverse observando la descripción de estructura y la verificación in situ.

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada estructura (poste o torre) de ELSE por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación, y constituyen precios máximos por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ELSE, los cuales entrarán en vigencia el primer día del mes siguiente a la fecha de publicación de la resolución que aprueba del presente Mandato.



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 54


La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por ELSE a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por ELSE a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a ELSE su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por ELSE y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a dicho organismo.

AZTECA PERÚ deberá presentar a ELSE, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de ELSE, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de ELSE, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de ELSE debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (poste o torre) que AZTECA PERÚ arrienda a ELSE, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 53 de 54


partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.

Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de ELSE, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales de los parámetros m, l, h y f definidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste."

(...)"

- 1.2 Eliminar de la cláusula sexta -Contraprestaciones- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre ELSE y AZTECA PERÚ el 03 de marzo de 2015, las siguientes disposiciones: (i) el numeral 6.3, (ii) el numeral 6.4, y (iii) el numeral 6.5.2.



	DOCUMENTO	Nº 00136-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 54

ANEXO 2

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA
INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE ELSE**

(En Disco Compacto)

