
	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 161

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON LA EMPRESA TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR S.A.C.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00004-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	08 DE FEBRERO DE 2018

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

	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 2 de 161
	INFORME	

1. OBJETO.

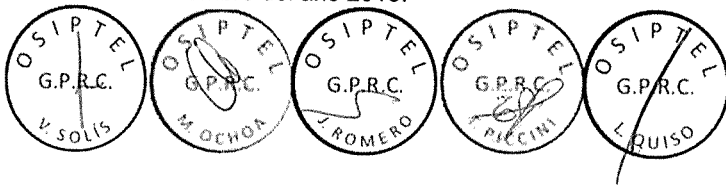
El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. (en adelante, TESUR) que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 25 de noviembre de 2015.


2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3° de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha)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 El Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y TESUR el 25 de noviembre de 2015 (en adelante, el Contrato).
- 2.4 Mediante carta DJ-1264/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a TESUR adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito el 25 de noviembre de 2015, al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, considerando: (i) la modificación de las variables “f” y “m” realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición

¹ Vigente desde julio del año 2012.

² Emitido en noviembre del año 2013.




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 3 de 161
	INFORME	

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


- 2.5 Mediante carta TDS-143/17, recibida con fecha 1 de setiembre de 2017, TESUR señaló que no se encontraba de acuerdo con lo solicitado por AZTECA PERÚ Mediante Carta No. DJ-1264/17, no obstante manifestaron su disposición a efectos de tener una reunión en donde se aborden los temas planteados, la cual fue convocada para el 13 de setiembre de 2017.
- 2.6 Mediante carta DJ-1317/17, recibida con fecha 5 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ acepta la reunión propuesta por TESUR en aras de llegar a un acuerdo que les permita la pronta adecuación del valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura.
- 2.7 Mediante carta DJ-1348/17, recibida con fecha 15 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó una nueva reunión a TESUR, a efectos de revisar en conjunto los cálculos que había realizado respecto del valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura, en función a la Metodología establecida para determinar el monto máximo de la contraprestación. Asimismo, señaló que sus cálculos eran referenciales puesto que el valor exacto del factor "TP" (costo de las torres o postes regulados del sector energía) solo podía determinarlo si se le proporcionaba mayor detalle acerca de las condiciones y características de la infraestructura de TESUR, siendo por ello importante que TESUR le confirme dichos datos en la reunión.
- 2.8 Mediante carta DJ-1415/17, recibida con fecha 19 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ devolvió a TESUR la Factura N° 001-0004838, en tanto los montos incluidos en la misma eran los mismos que TESUR venía cobrando; es decir, eran montos que no respetaban el precio máximo legal que resulta de la correcta aplicación de la Metodología. En esa línea, AZTECA PERÚ reiteró a TESUR su solicitud de adecuación del valor de la contraprestación (tanto del periodo Agosto de 2017, como en adelante) al precio máximo fijado conforme al numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.
- 2.9 Mediante carta TDS-159/2017, recibida con fecha 20 de setiembre de 2017, TESUR reitera no estar de acuerdo con la solicitud formulada por AZTECA PERÚ para adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito el 25 de noviembre de 2015. Asimismo, entre otros aspectos señala que mientras dure la etapa de trato directo, el contrato se mantiene vigente y todas las obligaciones de las partes son plenamente vigentes. También precisa que el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley 29904 no es de aplicación, debido a que ambas partes ya han suscrito un contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual se ha venido ejecutando desde hace casi dos (2) años.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 161


- 2.10 Mediante carta DJ-1440/17, recibida con fecha 27 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ manifiesta las razones por las cuales considera que no es de aplicación el trato directo establecido en la cláusula 16.2 del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito el 25 de noviembre de 2015, indicando también que deja a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL a efectos que determine el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura y se disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura.
- 2.11 Mediante escrito recibido con fecha 05 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con Transmisora Eléctrica del Sur S.A. el 25 de noviembre de 2015.
- 2.12 Mediante carta C.00563-GPRC/2017, recibida con fecha 12 de octubre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a TESUR de la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ a efectos de que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado. Asimismo, se solicitó información respecto de la infraestructura eléctrica (postes y/o torres) que TESUR viene alquilando a AZTECA PERÚ.
- 2.13 Mediante carta TDS-182/2017 recibida con fecha 16 de octubre de 2017, TESUR solicitó al OSIPTEL un plazo adicional hasta el 26 de octubre de 2017, a fin de remitir sus comentarios así como la información técnica solicitada.
- 2.14 Mediante carta C.00571-GPRC/2017, recibida con fecha 17 de octubre de 2017, el OSIPTEL otorgó a TESUR el plazo adicional solicitado, a efectos de que cumpla con remitir la información requerida.
- 2.15 Mediante carta TDS-191/2017 recibida con fecha 26 de octubre de 2017, TESUR remite sus comentarios respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ.
- 2.16 Mediante carta C.00602-GPRC/2017, recibida con fecha 02 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios presentados por TESUR mediante carta TDS-191/2017.
- 2.17 Mediante carta TDS-206/2017 recibida con fecha 03 de noviembre de 2017, TESUR remite copia del cargo de presentación de la petición arbitral.
- 2.18 Mediante carta C.00623-GPRC/2017, recibida con fecha 09 de noviembre de 2017, el OSIPTEL solicitó a AZTECA PERÚ su opinión respecto a la cantidad máxima de arrendatarios señalado por TESUR en su comunicación TDS-187/2016.



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 161

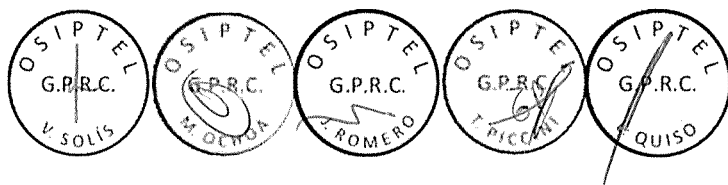
- 2.19 Mediante carta C.00629-GPRC/2017, recibida con fecha 14 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de una copia de la carta TDS-206/2017, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.
- 2.20 Mediante carta DJ-1729/17, recibida con fecha 13 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó una prórroga de cinco (05) días hábiles a efectos de cumplir con el requerimiento efectuado mediante carta C.00623-GPRC/2017.
- 2.21 Mediante carta C.00636-GPRC/2017, recibida con fecha 17 de noviembre de 2017, el OSIPTEL otorga a AZTECA PERÚ la prórroga solicitada a efectos de que cumpla con el requerimiento efectuado.
- 2.22 Mediante Escrito N° 2, recibido con fecha 24 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ remite sus comentarios respecto a la comunicación TDS-191/2017 de TESUR que le fuera remitida mediante carta C.00602-GPRC/2017.
- 2.23 Mediante carta C.00657-GPRC/2017, recibida con fecha 30 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corre traslado a TESUR del Escrito N° 2 presentado por AZTECA PERÚ, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.
- 2.24 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 153-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 07 de diciembre de 2017, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura, la cual fue notificada a AZTECA PERÚ y TESUR, el 12 y 13 de diciembre de 2017, mediante las cartas C.00574-GCC/2017 y C.00575-GCC/2017 respectivamente.
- 2.25 Mediante carta TDS-225/2017 recibida con fecha 13 de diciembre de 2017, TESUR remite comentarios sobre el Escrito N° 2 presentado por AZTECA PERÚ que le fuera remitido mediante carta C.00657-GPRC/2017.
- 2.26 Mediante carta TDS-230/2017 recibida con fecha 21 de diciembre de 2017, TESUR solicita a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL inhibirse de continuar con el procedimiento de mandato iniciado por AZTECA PERÚ.
- 2.27 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 164-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 21 de diciembre de 2017, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00004-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y TESUR, el cual fue notificado a las partes el 27 y 28 de diciembre de 2017, mediante las cartas C.00635-GCC/2017 y C.00636-GCC/2017 respectivamente.
- 2.28 Mediante carta C.00696-GPRC/2017, recibida con fecha 27 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ de los escritos TDS-225/2017 y TDS-230/2017 presentados por TESUR, para su conocimiento y los fines que




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 161

estime pertinentes.

- 2.29 Mediante las cartas C.00660-GCC/2017 y C.00661-GCC/2017, recibidas con fecha 29 de diciembre de 2017, se volvió a notificar el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, al haberse advertido que involuntariamente se habrían producido omisiones en el disco compacto que incluye los documentos.
- 2.30 Mediante carta DJ-150/18, recibida con fecha 16 de enero de 2018, AZTECA PERÚ remite el Escrito N° 3 que contienen sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.31 Mediante carta TDS-017/2018, recibida con fecha 17 de enero de 2018, TESUR remite sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.32 Mediante carta C.00028-GPRC/2018, recibida con fecha 18 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a TESUR de los comentarios remitidos por AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante carta DJ-150/18, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.33 Mediante carta C.00036-GPRC/2018, recibida con fecha 22 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios remitidos por TESUR al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante carta TDS-017/2018, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.34 Mediante carta TDS-027/2018, recibida con fecha 29 de enero de 2018, TESUR remite sus comentarios respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura que le fueran comunicados mediante carta C.00028-GPRC/2018.
- 2.35 Mediante carta DJ-233/18, recibida con fecha 1 de febrero de 2018, AZTECA PERÚ remite sus comentarios respecto de los comentarios de TESUR al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura que le fueran comunicados mediante carta C.00036-GPRC/2018.
- 2.36 Mediante carta C.00060-GPRC/2018, recibida con fecha 6 de febrero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a TESUR de la comunicación DJ-233/18 de AZTECA PERÚ, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.37 Mediante carta C.00062-GPRC/2018, recibida con fecha 6 de febrero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ de la comunicación TDS-027/2018 de TESUR, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.38 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 030-2018-CD/OSIPTEL, se amplió



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 161

en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura, la cual fue notificada a AZTECA PERÚ y TESUR el 12 de febrero de 2018, mediante las cartas C.00091-GCC/2018 y C.00092-GCC/2018 respectivamente.

3. CUESTIONES A RESOLVER.

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

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

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 161

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.

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 OSIPTTEL 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 OSIPTTEL la emisión de un mandato de compartición”.

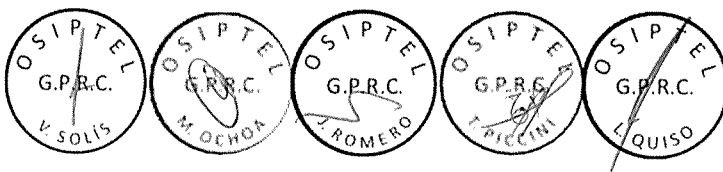
Según se observa del referido artículo, existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley N° 29904, siendo éstas: (i) el contrato, y (ii) el mandato. El procedimiento legal previsto para cada modalidad se describe a continuación:


- 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



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 161

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.

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

De acuerdo al artículo 1351 del Código Civil³, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

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

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

4.1.3 Sujeción del Contrato a la Ley N° 29904.

La relación de compartición que es materia de análisis, inició en el año 2015 con una solicitud de AZTECA PERÚ a TESUR formulada en el marco de la Ley N° 29904. Dicha solicitud generó el proceso de negociación referido en los numerales 1.3 y 1.4 del Contrato, que llevó a su suscripción por las partes el 25 de noviembre de 2015.


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

³ 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° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 161

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

De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1264/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a TESUR adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el 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 concesionario eléctrico una vez transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

En respuesta al referido requerimiento, TESUR manifestó a AZTECA PERÚ en su carta TDS-143/2017 recibida el 01 de setiembre de 2017, no estar de acuerdo con los planteamientos contenidos en su carta DJ-1264/17, aunque expresó su disposición para sostener una reunión el 13 de setiembre de 2017; reunión que fue aceptada por AZTECA PERÚ en su carta DJ-1317/17.

Posteriormente, mediante cartas DJ-1348/17 y DJ-1415/17 recibidas por TESUR el 15 de setiembre de 2017 y el 19 de setiembre de 2017, respectivamente, AZTECA PERÚ hizo referencia a su solicitud contenida en su carta DJ-1264/17 con planteamientos que TESUR cuestionó en su carta TDS-159/2017 recibida por AZTECA PERÚ el 20 de setiembre de 2017. Esta última carta fue a su vez contestada por AZTECA PERÚ con su carta DJ-1440/17 recibida por TESUR el 27 de setiembre de 2017, reafirmando en su solicitud de la carta DJ-1264/17.

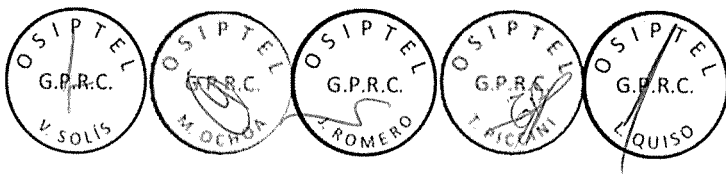
En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (18 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral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


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

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

4.2.1 POSICIÓN DE TESUR (Carta TDS-191/2017 recibida el 26.10.2017):

TESUR señala que con fecha 25 de noviembre de 2017, celebró un contrato de



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 161

compartición de infraestructura con AZTECA PERÚ en el cual se establecieron las condiciones de acceso y uso, por parte de la referida empresa, de la infraestructura eléctrica de TESUR, con la finalidad de que dicha empresa soporte un cable de fibra óptica que forme parte de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, sobre la infraestructura eléctrica de TESUR. Indica que en el Anexo 5 del referido contrato de compartición de infraestructura se regula la contraprestación que AZTECA PERÚ se encuentra obligada a pagar a TESUR. Asimismo, indica que esta sección señala expresamente que la contraprestación pactada al amparo de lo previsto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica⁴, no sería modificada por cambios normativos emitidos con posterioridad a la suscripción del Contrato de Compartición, debiendo mantenerse vigente el monto de la contraprestación pactada en el referido Anexo 5.

TESUR manifiesta que posteriormente, con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ remitió a TESUR la Carta N° DJ-1264/17 mediante la cual, desconociendo lo dispuesto en el referido Anexo 5, exigió a TESUR adecuar la contraprestación pactada en el contrato de compartición de infraestructura a la nueva metodología aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, alegando que se modificaron los valores de las variables “f”, “m” y “Na” que se utilizaron para determinar la contraprestación pactada cuando suscribieron el Contrato de Compartición, indicando que luego de este requerimiento, las partes intercambiaron algunas comunicaciones en las cuales TESUR manifestó su total desacuerdo con el planteamiento formulado por AZTECA PERÚ.


Asimismo, señala que pese a que las partes sostenían reuniones como consecuencia del requerimiento de AZTECA PERÚ, dicha empresa dejó de pagar las facturas correspondientes por el acceso y uso de la infraestructura de TESUR, incumpliendo con ello lo dispuesto en la Cláusula Quinta y Anexo 5 del Contrato de Compartición. Al respecto, manifiesta que ante la falta de pago y habiendo quedado de manifiesto la existencia de una discrepancia contractual en torno a la pretendida adecuación de la contraprestación pactada en el contrato de compartición de infraestructura, con fecha 20 de setiembre de 2017, mediante Carta NTDS-159, TESUR dio inicio al mecanismo de solución de controversias pactado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Compartición, iniciándose con ello la etapa de trato directo.

Sobre el particular TESUR hace referencia a la referida cláusula:

“Todas las discrepancias o controversias derivadas, relacionadas o vinculadas con este Contrato, así como con esta Cláusula, procurarán las Partes resolverlas directamente en trato directo por el plazo de quince (15) días calendario contados a partir de la fecha en que una Parte comunique a la otra por escrito la existencia de una discrepancia o controversia debidamente determinada. Vencido este plazo o si antes de su vencimiento las Partes

⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 161

dejan constancia de la subsistencia del desacuerdo, las discrepancias o controversias derivadas o vinculadas con este Contrato serán resueltas en Lima y en idioma español por un tribunal de tres árbitros mediante arbitraje de derecho, de conformidad con las reglas y reglamentos arbitrales del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a cuyos reglamentos y estatutos las Partes se someten expresamente.(...) (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Asimismo, TESUR señala que con fecha 18 de octubre de 2017 presentó ante la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad del Perú una petición arbitral, dando inicio al arbitraje estipulado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Compartición como mecanismo jurisdiccional para resolver la controversia surgida entre las partes en torno a la pretensión de AZTECA PERÚ de modificar la contraprestación pactada por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de TESUR.

Asimismo, indica que, de conformidad con el artículo 12° del Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la Secretaría General del Centro señalando que, a la fecha, legalmente la controversia entre AZTECA PERÚ y TESUR ya ha sido sometida al conocimiento del órgano con competencia jurisdiccional para resolverla, por lo que el OSIPTEL debe abstenerse de conocer y pronunciarse sobre la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ que busca modificar la contraprestación pactada en el contrato de compartición, precisando que lo contrario determinaría un avocamiento indebido del OSIPTEL a conocer una causa pendiente en sede jurisdiccional, lo cual está prohibido de manera expresa por el artículo

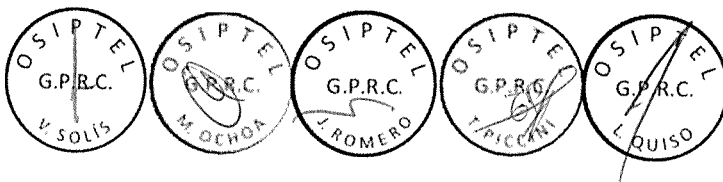
139° de la Constitución:


"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1 (...)

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

TESUR indica que la Constitución reconoce de manera expresa que la función arbitral tiene naturaleza jurisdiccional⁵ y, por lo tanto, conforme ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, le resultan plenamente aplicables

⁵ "Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)"



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 161

todos los principios y garantías previstos en el artículo 139° de la Constitución, entre los que se encuentra la prohibición constitucional al avocamiento indebido.

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

Asimismo, añade que cualquier cuestionamiento a la competencia al Tribunal Arbitral que sea conformado para la resolución de la disputa contractual surgida entre AZTECA PERÚ y TESUR, debe ser únicamente dilucidado por el propio Tribunal, en estricta observancia del Principio Kompetenz-Kompetenz.⁶ Señala que en otras palabras, mientras el Tribunal Arbitral no haya declarado su (negada) incompetencia, ninguna autoridad, incluido el OSIPTEL, puede legalmente avocarse al conocimiento de los asuntos que han sido planteados en dicha sede jurisdiccional, como es este caso.


TESUR indica que siendo que la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ tiene como objetivo la modificación de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición con la finalidad de que ésta se “adecúe” a la nueva metodología aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, es evidente que dicha solicitud versa sobre la misma cuestión que ha sido sometida por TESUR al Tribunal Arbitral. Por lo tanto, consideran que por mandato constitucional, el OSIPTEL se encuentra prohibido de avocarse al conocimiento y resolución de la solicitud de mandato.

TESUR considera de la mayor importancia recordar que las facultades del OSIPTEL en ejercicio de su función normativa son estrictamente regladas y, por lo tanto, se restringen a las actuaciones y actos expresamente determinados en el marco legal aplicable a dicho organismo. En ese sentido, la facultad del OSIPTEL para emitir mandatos de compartición se encuentra limitada, tal como lo establece de manera

⁶ “Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. **El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez/6 ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)” (El resaltado y subrayado es de TESUR).



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 161

expresa el artículo 25⁷ del Reglamento de la Ley N° 29904, a ordenar el acceso y uso de la infraestructura eléctrica cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la negociación y suscripción de un contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica.

Manifiesta que TESUR y AZTECA PERÚ suscribieron el Contrato de Compartición el 25 de noviembre de 2015, sin necesidad de que ninguna de las partes invoque la referida cláusula para la emisión de un mandato de compartición. Una vez suscrito, el Contrato de Compartición se rige por los términos y condiciones expresamente estipulados en él y estos son plenamente exigibles a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 1361⁸ del Código Civil.

Por otro lado, indican que dado el contexto antes descrito, no corresponde atender el pedido de información formulado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia para que TESUR remita Información sobre la infraestructura eléctrica arrendada a AZTECA PERÚ, en tanto, como ha sido señalado, el OSIPTEL no puede avocarse al conocimiento de la solicitud de mandato. Sin perjuicio de ello, dejan constancia que la referida información ya fue solicitada a su empresa en una anterior oportunidad y cumplieron con su entrega mediante Carta N TDS-187/2016, presentada al OSIPTEL el 21 de octubre de 2016.

4.2.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ señala que el numeral ii) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha dispuso que se declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y/o móvil. Indica que ello, está alineado a lo dispuesto en la Ley No. 28295.

⁷ “Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

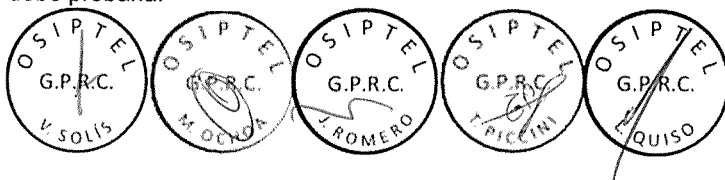
25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5)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


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

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

⁸ “Artículo 1361°.- Obligatoriedad de los contratos

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 15 de 161
	INFORME	

Considera que, a efectos de que se pueda asegurar la protección del interés público antes descrito y proteger la conectividad a través de los servicios de telecomunicaciones, debe garantizarse tanto el acceso al uso de la infraestructura eléctrica, como la permanencia del operador para que pueda continuar haciendo uso de dicha infraestructura, pese a que pudieran existir discrepancias en el marco de la relación contractual. Precisa que lo contrario, carecería de sentido, para la defensa del interés público protegido, que los operadores pudieran acceder a la infraestructura, pero que, con posterioridad, se presenten y mantengan trabas o abusos que no permitan la continuidad del uso efectivo de la infraestructura compartida.

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

*“Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso, toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas”.*⁹

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL¹⁰ es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica¹¹, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias¹².

Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

“De otro lado, y dada la importancia de la oportunidad en que debe concretarse el acceso y uso de la infraestructura de electricidad o hidrocarburos para


⁹ CALLOL GARCÍA, Pedro. “La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”. En: Revista de Administración Pública, Núm 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 409 - 410.

¹⁰ “Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el comportamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post”. [ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, En: Revista de Derecho Administrativo No 5, Lima, 2008, pp. 148 – 149].

¹¹ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

¹² Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 161

concretar el objetivo de necesidad pública declarado en el artículo 3, numeral i) de la Ley No. 29904; se establecen reglas procedimentales para la negociación entre el concesionario de energía (electricidad/hidrocarburos) y el concesionario de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de su infraestructura, definiendo plazos y facultando a OSIPTEL a emitir mandatos de compartición en caso no llegue a un acuerdo."¹³

Asimismo, indica que atendiendo a que el OSIPTEL es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura eléctrica, en el artículo 25 del Reglamento se ha previsto que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición, fijando una solución vinculante para ambas partes.

En consecuencia, consideran que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.


Señala que la competencia del OSIPTEL no se circunscribe solamente a facilitar el acceso a infraestructura eléctrica a los operadores como AZTECA PERÚ, sino también a garantizar su permanencia en el mercado, esto es, con el uso de la infraestructura eléctrica por el tiempo que se encuentre pactado entre las partes.

Asimismo, indica que el OSIPTEL ha señalado que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo"*¹⁴. En esa línea, consideran que el OSIPTEL reconoce que, en el marco de una relación contractual, también pueden presentarse escenarios de negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

¹³ Exposición de Motivos del Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, p. 11. Disponible en: http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3256.pdf (Visitado el 1 de octubre de 2017).

¹⁴ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 17 de 161
	INFORME	

Hace referencia al Informe 0029-GPRC/2017¹⁵, en donde el OSIPTEL reconoció con la emisión de un mandato de compartición que **es competente para garantizar la protección del interés público y el despliegue de las redes de telecomunicaciones tanto antes de facilitado el acceso a la infraestructura, como durante el uso de la misma.**

Señala que con una comunicación remitida el 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ inició negociaciones con TESUR para acordar precisar la cláusula contractual referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de TESUR y lograr así que se respete el precio máximo fijado en la normativa vigente. No obstante, pese a la buena disposición y numerosos intentos de AZTECA PERÚ, a la fecha las partes no han arribado a un acuerdo sobre este extremo, en tanto TESUR se opone a respetar el precio tope por uso de infraestructura regulado en el Reglamento.

Asimismo, manifiesta que la situación antes detallada constituye un escenario en el que, en el marco de la ejecución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ y TESUR no han podido acordar la precisión de la cláusula contractual referida a la retribución por el uso de infraestructura eléctrica, en tanto la retribución pactada exceda el precio tope máximo regulado. Por tanto consideran que el OSIPTEL se encuentra facultado para emitir un Mandato de Compartición, que obligue a TESUR a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que TESUR puede cobrarles y, con ello, se precise los términos del Contrato de Compartición, garantizando, además, la continuidad en el uso compartido de la infraestructura en cumplimiento del interés público involucrado en el Proyecto.

4.2.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 24.11.2017):


4.2.3.1 La supuesta restricción contractual para modificar los términos económicos del contrato de compartición debe ser desestimada.

AZTECA PERÚ señala que TESUR además de ser inexacta y respaldarse en un acuerdo que vulnera una norma de orden público, está fuera de lugar si se tienen en cuenta el objeto del presente procedimiento.

Manifiesta que desde su primera carta, ha indicado claramente su intención de que se varíen las condiciones económicas previstas en el Contrato de Compartición, es decir, que justamente se modifique el texto del Anexo 5, tanto en lo que respecta al valor unitario (cuyo recalcu lo han solicitado al Consejo Directivo que realice), como aquellas afirmaciones referidas a la supuesta “inmodificabilidad” del Contrato de Compartición (lo cual se sobreentiende por el objeto de nuestro propio planteamiento). En ese sentido consideran que no tiene sentido traer a colación dicha disposición contractual cuando lo que ha planteado AZTECA PERÚ es precisamente su cambio porque no está de acuerdo en seguir rigiéndose por la misma.

¹⁵ Dado en el marco de la vigencia de un contrato entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 161

Señala que a pesar que TESUR trata de confundir al OSIPTEL dando a entender que se habría pactado la fijación y plena inmodificabilidad de la contraprestación (situación que no es tan así, según explicamos más adelante), resulta más que evidente que AZTECA PERÚ ha planteado a TESUR justamente variar los términos bajo los cuales se viene dando la relación de compartición. Precisan que AZTECA PERÚ ha sido clara al manifestar que no desea seguir pagando el monto que se encuentra consignado en el Contrato de Compartición a modo de contraprestación a favor de TESUR y que busca que dicho valor y los términos contractuales referidos a su aplicación y vigencia sean “ajustados”, “adecuados”, “cambiados”, “rectificados”, “enmendados”, “reemplazados”, “perfilados” o como quieran llamarle. Manifiesta que su intención de que se modifiquen ciertos términos que rigen la relación contractual es indiscutible.

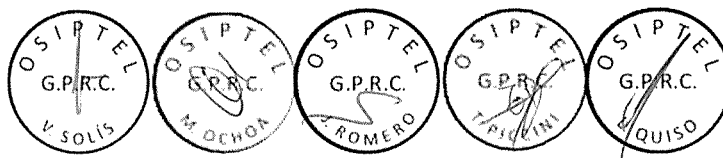
Asimismo, manifiestan que en el referido Anexo 5 las partes incluyeron (erróneamente) un párrafo que señala que *“en caso se modifique el método de cálculo del valor unitario que actualmente se halla contenido en el Anexo I del Reglamento (...) dicho cambio normativo no será aplicable al presente Contrato (...)”*. Al respecto precisan que ninguna norma ha modificado el método de cálculo del valor unitario por uso compartido de infraestructura eléctrica contenido en el Anexo 1 del Reglamento, dado que la Metodología sigue siendo la misma que fue publicada en el año 2013. En ese sentido, AZTECA PERÚ manifiesta que en ningún momento ha afirmado que el método de cálculo ha sido modificado y menos por una disposición normativa. Por lo tanto, al no cumplirse el supuesto de hecho al que se refiere TESUR señalan que su afirmación debe ser desestimada.


Finalmente, precisan que aun cuando no es materia de este procedimiento, TESUR y AZTECA PERÚ están obligadas a observar lo establecido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento en lo que respecta al “precio máximo” por compartición de infraestructura eléctrica. En ese sentido, consideran que es innegable que el Contrato de Compartición estaba y continúa estando sujeto al cumplimiento de dicha regla de orden público. Por lo tanto, en el caso negado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hubiese modificado la Metodología a través de un Decreto Supremo, las partes hubieran tenido que convenir el recalcular y ajuste del valor unitario señalado en el Anexo 5¹⁶.

Señalan que en el presente caso lo que ha variado son única y exclusivamente los valores porcentuales de las variables “f” y “m”. Consideran que estos valores necesariamente deben ser aplicados en la Metodología, en tanto el Anexo 1 del Reglamento ya preveía desde su publicación que las variables “m”, “f”, “h” e “l” podían ser modificadas vía Resolución del Viceministerio de Comunicaciones, como efectivamente se dio mediante Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03.

¹⁶ Código Civil. Artículo V,

“Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 19 de 161

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

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

AZTECA PERÚ señala que aun en relaciones contractuales de largo plazo, cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones, sea por las razones que fueran. Incluso señala que la parte interesada intente renegociar cláusulas que fijen plazos forzosos de vigencia, ya sea del contrato en su conjunto o de determinadas condiciones.

AZTECA PERÚ considera que en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura, se presenten escenarios de renegociación para la modificación de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes. Señala que el OSIPTEL ya ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de Infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*¹⁷.

Asimismo indica que a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación¹⁸, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley N° 28295, el Decreto Legislativo N°1019 y/o la Ley N° 29904 (“Ley de Banda Ancha”), ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir el organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.


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

“(…) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que -encaso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que -según sea el

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 161

rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad, la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece así como "red de reseña" (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)"¹⁹

Precisan que la prerrogativa de intervención pública bajo comentario es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la **función normativa-regulatoria** del OSIPTEL²⁰, la que comprende "dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios"²¹. Refieren que respecto a dicha función, ZEGARRA VALDIVIA señala lo siguiente:

"(...) como se aprecia en el segundo párrafo del glosado artículo 23 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y en la lista de asuntos del artículo 25 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dicha función [reguladora] tiene un ámbito de extensión que va más allá de lo tarifario al insertarse en la totalidad de la actividad económica, de manera que algunos de los supuestos previstos en la referida lista son propios de una acción reguladora, como por ejemplo, el previsto en el inciso n), referido a Dictar mandatos de interconexión, y otros están vinculados con el ejercicio de la potestad reglamentaria."²²

AZTECA PERÚ indica que en el ejercicio de su función normativa, es el OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de

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

²⁰ Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por Decreto Supremo No. 042-2005-PCM:

*"Artículo 2.-Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores
La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador."*

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


"Artículo 24- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

²¹ Reglamento General del OSIPTEL, artículo 23. De manera similar, la Ley No. 27332 en su artículo 3 prevé *"c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias: los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo. otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; (...)."*

²² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación, Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú. Lima, Palestra Editores. Primera Edición, 2005, pp. 258-259.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 21 de 161

salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura²³. Indican también que es importante tener en cuenta que la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no sólo se debe circunscribir a garantizar el acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia de la red de telecomunicaciones en la infraestructura de soporte. La razón es que el fin propio del OSIPTEL es resguardar el interés público protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.

AZTECA PERÚ señala que la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir pronunciamientos que impliquen la redefinición de las condiciones económicas en las relaciones de compartición ya ha sido reconocida tanto por el Tribunal de Solución de Controversias como el propio Consejo Directivo de OSIPTEL. Por ejemplo, en el caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Expediente No. 002-2014-CCO-ST/C1), a propósito de una controversia respecto a la posibilidad de redefinir la contraprestación pactada por el uso de infraestructura eléctrica (como en este caso), el Tribunal de Solución de Controversias determinó que esta materia debía ser conocida únicamente por el Consejo Directivo de OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no el Cuerpo Colegiado:


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

(...)

48. Precisamente, luego de un análisis de las pretensiones de Multivisión antes citadas, el Tribunal considera que las mismas buscan una modificación de la contraprestación fijada por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL. Debe

²³ Cabe indicar que la emisión de mandatos a efectos de fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre dos empresas, incluyendo el establecimiento de una contraprestación, no es exclusivo al sector telecomunicaciones, el Consejo Directivo de OSITRAN, por ejemplo, también ha definido que el establecimiento de retribuciones o contraprestaciones en una relación de acceso y uso de infraestructura se realiza en ejercicio de la referida función normativa: “(...) Se trata por tanto, **de una competencia en materia regulatoria de contenido sustancialmente económico**, que tiene una **finalidad de interés pública**, consistente en posibilitar la competencia en los segmentos de servicios portuarios y servicios de intercambio modal y de transporte, ahí donde sea factible, sin poner en riesgo los derechos del titular de la concesión o del Administrador Portuario público. (...) 8. Como consecuencia de lo anteriormente señalado. OSITRAN ratifica su **competencia para emitir el presente Mandato de Acceso, en ejercicio de su función normativa propia**, el mismo que es de cumplimiento obligatorio para las partes.” (subrayado y énfasis agregados) [Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN].



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 161

puntualizarse que no solamente se busca una revisión de la fórmula que supuestamente habría utilizado SEAL para establecer los montos a cobrar por el uso de los postes dependiendo del tipo de tensión, baja o media, sino además, **pretende que los órganos de solución de controversias fijen la metodología y la contraprestación que corresponda de acuerdo a la normativa, en este caso, que cumpla con el principio de onerosidad de la compartición.**

(...)

50. Es en este contexto, en el que debe tenerse en cuenta que si no se llevara a modificar en forma consensuada el contrato mencionado, lo que correspondería, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, es la intervención del OSIPTEL a través de la emisión de un mandato sobre el aspecto específico en el que las partes no lograron un acuerdo que modifique la contraprestación fijada inicialmente. (...)

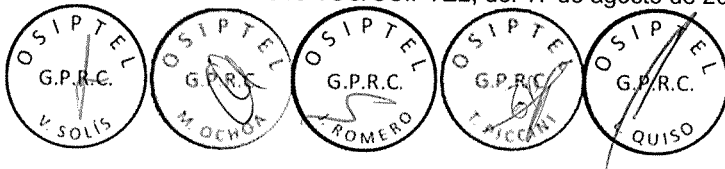
52. como se puede apreciar, al ejercer la función normativa a través de la emisión de un mandato, se determinan las reglas que deben seguir las partes para una adecuada ejecución del objeto del mismo, consistente en el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. (...) ²⁴ (subrayado y énfasis agregado).


Es por lo expuesto que, producto del pedido de mandato de compartición que posteriormente inició Multivisión, a través del informe que sustentó su Resolución N°. 020-2017-CD/OSIPTEL de fecha 16 de febrero de 2017 (mandato de compartición), el Consejo Directivo claramente señaló lo siguiente:

“En ese contexto, la solicitud para negociar o acordar nuevas condiciones para una relación de compartición previamente creada, con sujeción a la Ley 28295, que formule alguna de las partes de un contrato de compartición a la otra, puede estar referida a regular, modificar o extinguir el acuerdo previamente creado. Ante la falta de acuerdo, la Ley No. 28295 [el régimen general], faculta al OSIPTEL a intervenir mediante la emisión de un mandato a solicitud del interesado (...).”

“Bajo dicho marco legal, una contraprestación que haya sido acordada por las partes en un procedimiento negociado al amparo de la Ley No. 28295 y su Reglamento, pero que alguna de las partes cuestione posteriormente por resultar inconsistente con los principios y reglas de dicho marco legal - como la contraprestación del Contrato de Compartición 2013, cuestionada por MULTIVISIÓN - puede ser sometida al ejercicio de la función normativa del OSIPTEL para que determine su consistencia o no con el referido marco legal, cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo para resolver entre ellas el cuestionamiento”.

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



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 161

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

En tal sentido, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien indubitadamente tiene competencia para redefinir los parámetros de la relación jurídica existente entre el titular de la infraestructura eléctrica (TESUR) y el operador de telecomunicaciones (AZTECA PERÚ).

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


AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL no debe renunciar a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura esencial para el desarrollo de las redes de Banda Ancha, tarea que le corresponde en su condición de regulador de las telecomunicaciones y en particular, de supervisor de la Red Dorsal por expreso mandato de la Ley de Banda Ancha.

Consideran que como indicaron en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA PERÚ sólo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Señalan que justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

En ese sentido, AZTECA PERÚ estima que las condiciones económicas que se incluyeron en el Anexo 5 del Contrato de Participación (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a TESUR alrededor del triple de lo que el legislador ha considerado como óptimo para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y, por lo mismo, las finanzas del proyecto se han visto considerablemente afectadas. Ocurre pues que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de TESUR, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Participación, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

Señalan que el escenario antes descrito obedece exclusivamente a que TESUR viene exigiendo a AZTECA PERÚ el pago de un monto tres veces mayor al que le



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 161

correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento. Por ello, consideran que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres y/o postes de TESUR sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto. Es por ello que AZTECA PERÚ, como lo haría cualquier operador, planteó de buena fe a TESUR la revisión de dichas condiciones, de modo que la contraprestación periódica sea ajustada de mutuo acuerdo, en exclusivo beneficio del proyecto y en aplicación el marco regulatorio que sustenta tal relación de compartición.

Indican que ante la rotunda negativa de TESUR de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que sigan pagando un monto que no pueden solventar por excesivo (pues a todas luces supera el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ ha recurrido al OSIPTEL para, en ejercicio de sus funciones normativas-regulatorias, garantice que la infraestructura de TESUR podrá en adelante ser usada bajo condiciones que no terminen forzando a AZTECA PERÚ a descolgar la fibra óptica o devolver al Estado Peruano el proyecto, por no poder continuar haciendo frente a tales pagos excesivos e injustificados.


Como indicaron en su solicitud, señalan que es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de TESUR tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido este proyecto de titularidad estatal. Así pues, se debe considerar que *“la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes”*²⁵ (énfasis agregado). Bajo este régimen, *“los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)”*²⁶ (énfasis agregado).

En ese sentido, indica que si bien AZTECA PERÚ está obligada a pagar a la empresa eléctrica los costos incrementales que le genere la compartición de sus instalaciones esenciales, dicho pago no debe implicar en modo alguno una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, que no sólo comprende a AZTECA PERÚ sino también a las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto. Consideran que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y, por tanto,

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 25 de 161
	INFORME	

negarse a modificar el Contrato de Participación para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que nos referimos pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Asimismo, manifiestan que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Participación o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres y/o postes de TESUR por disposición de dicho concesionario eléctrico. Ciertamente, las condiciones económicas bajo las cuales TESUR pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.

Mencionan que su situación se parece mucho a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Tanto en esos casos como en éste, un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura. Asimismo, indican que la continuidad en el uso de la infraestructura eléctrica compartida sólo puede entenderse garantizada si realmente se da bajo condiciones de eficiencia económica y, por lo menos, conforme a los principios que rigen el régimen general de acceso y uso de instalaciones esenciales²⁷. Señalan que

²⁷ Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC, artículo 34.
"Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:


1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras ediles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación: así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.
2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.
3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

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

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

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes **principios económicos**, que regirán la determinación de la contraprestación:



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 161

el OSIPTEL no puede obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de TESUR, que a la larga inviabilizarán la sostenibilidad económica de la Red Dorsal, impidiendo la consecución de sus objetivos públicos y de interés nacional, como es la masificación y consolidación de la Banda Ancha a nivel nacional, como instrumento de generación de crecimiento social para los peruanos.


En este contexto, AZTECA PERÚ indica la emisión de un mandato de compartición con la finalidad de resguardar el uso de la infraestructura eléctrica cobra mayor relevancia cuando, en el marco de una renegociación entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones, existe asimetría de información entre tales agentes. Señalan que AZTECA PERÚ no maneja la información sobre los costos y características de la infraestructura eléctrica y acceder a la misma o validarla resulta imposible sin la “colaboración” de la empresa eléctrica.

Manifiesta que el Consejo Directivo debe tener en cuenta que no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de información) (re)negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de un proyecto nacional de telecomunicaciones procuren (re)negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

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

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.
 2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.
 3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
 4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.
 5. **Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.**
 6. **Recuperar los costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.
- En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos.” (énfasis y subrayado agregados)*



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 27 de 161

Indican que cuando AZTECA PERÚ presentó a TESUR los cálculos que había hecho para determinar al monto que consideraba debía ser la nueva contraprestación (que deseaba fuese equivalente al precio máximo regulatorio definido conforme a la Metodología)²⁸ y solicitó de buena fe tener una reunión para revisarlos juntos, TESUR (ante el evidente interés en que no se reduzcan los flujos que estaba recibiendo) respondió que en ningún momento había aceptado que correspondía determinar un monto máximo a la contraprestación y que estimaban que ésta se trataba de una controversia sobre interpretación y/o aplicación contractual, lo cual denotaba una clara negativa de renegociación.

Por lo expuesto, consideran que ante la falta de un acuerdo entre las partes respecto al ajuste de la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica propuesta por AZTECA PERÚ, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de la modificación de la contraprestación en tanto excede el precio máximo regulado, el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien deberá fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre TESUR (titular de la infraestructura) y AZTECA PERÚ (operador de telecomunicaciones) y, en ejercicio de sus excluyentes facultades normativas-regulatorias, establecer la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica, a través de un mandato de compartición de infraestructura.

4.2.3.3 La pretensión de AZTECA PERÚ no es arbitrable.


AZTECA PERÚ señala que TESUR pretende no entender la naturaleza de su pretensión en este procedimiento: ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, AZTECA PERÚ ha requerido la modificación de los términos contractuales en lo referido a la contraprestación y no está discutiendo aquí la interpretación o aplicación del texto original del Contrato de Compartición. Por lo mismo, no se cumple el supuesto de hecho para la aplicación de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Compartición: no estamos ante una controversia o discrepancia vinculada a la lectura u observancia del contrato original, sino ante la negociación de un acuerdo complementario en un mercado regulado, que ante la negativa de TESUR, legitima la intervención exclusiva del OSIPTEL, por lo mismo, no se trata de una materia arbitrable.

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

AZTECA PERÚ indica que ha planteado a TESUR modificar las condiciones económicas de su relación contractual de compartición. Reconocen que, desde el principio, era muy probable que su propuesta fuera rechazada por TESUR, sea cual fuera el lenguaje que usara, pues la misma implicaba limitar (al menos a 1/3) los

²⁸ Carta DJ-1348/17, correspondiente al Anexo 1-E de su Escrito N° 1.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 161

importantes y extraordinarios ingresos netos que mensualmente exige esta empresa por el uso compartido de sus torres y/o postes: aproximadamente US\$ 55,936 por uso de la infraestructura de Torres de Alta Tensión. Es decir, de cobrar US\$ 4,661 mensuales, su planteamiento implicaba que recibieran un monto acorde al precio máximo regulado, aplicando correctamente la Metodología (el cual han solicitado que OSIPTEL determine), el cual estiman mucho menor.

Señalan que si bien todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una “controversia” si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados²⁹, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta en un fuero arbitral. Menos aun cuando la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen claramente que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura a favor de la Red Dorsal está sujeta a un “precio máximo” regulado y que el OSIPTEL es el competente para velar por el cumplimiento de dicha disposición.

Precisan que, alegando que el fuero arbitral es la vía competente para la resolución de la presente controversia, TESUR pretende ignorar que esta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad y la de AZTECA PERÚ, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes, para la ejecución de un proyecto de interés nacional.


AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener en cuenta que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente³⁰. En este caso señalan tener al menos una circunstancia que limita la libertad contractual de las partes: la contraprestación contractual siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Si AZTECA PERÚ y TESUR no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, el OSIPTEL debe intervenir a efectos de regular dicha condición. Cabe indicar también que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer.

²⁹ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. Que la motivación que tuvo AZTECA PERÚ para plantear el cambio en la relación contractual se origine en cómo cree que deben interpretarse y aplicarse las normas, no implica que su solicitud de modificación sea menos válida.

³⁰ Decreto Legislativo No. 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje
“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 161


En línea a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que tampoco están frente a un supuesto en el que se encuentre solicitando la modificación del Contrato de Compartición como consecuencia de un cambio normativo. Por el contrario, se observa que las condiciones que fueron pactadas entre TESUR y AZTECA PERÚ siempre estuvieron sujetas a las normas imperativas sobre acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operatividad de la Red Dorsal, como lo es la existencia de un precio máximo por la compartición de infraestructura, por lo que AZTECA PERÚ únicamente solicita que el Contrato de Compartición fuese enmendado de modo que la contraprestación se ajuste a el valor unitario resultante de aplicar (i) los nuevos valores de ciertas variables aprobados por la Resolución Viceministerial, bajo la misma metodología prevista en el Reglamento; y, (ii) el valor igual a tres (3) del factor “Na” que fue fijado de ese modo desde la emisión del Reglamento. Señalan que su posición se encuentre respaldada en disposiciones normativas lo que no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.

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

AZTECA PERÚ manifiesta que queda claro que la adecuación de la contraprestación pactada a efectos de que no supere el precio máximo fijado constituye una materia regulada que debe ser evaluada por el OSIPTEL³¹. Ello, puesto que es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al

³¹ “Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el comportamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post”. [ZEGARRA VALDIVIA. Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, En: Revista de Derecho Administrativo No 5, Lima. 2008. pp. 148 – 149].



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 161

acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica³², en tanto debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias³³.

4.2.3.4 No existe conflicto con el fuero jurisdiccional.

AZTECA PERÚ resalta que TESUR presentó la petición arbitral el 18 de octubre de 2017, 6 días luego que fuera notificado con su solicitud de mandato (el 12 de octubre de 2017). Lo cierto es que, a la fecha de la presentación de la solicitud de mandato no existía ninguna controversia entre las partes pendiente de ser analizada en fuero arbitral alguno. Por tanto, es evidente que dicha demanda fue presentada con el único ánimo de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia del OSIPTEL.

Asimismo, señala que debe tenerse presente que el artículo 73 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS³⁴ (el “TUO LPAG”), bajo cuyos términos debe ser entendido el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, establece una serie de requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, bajo la asunción, como señala ROCCO, que “la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva”³⁵:

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

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

³³ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

³⁴ TUO LPAG, Artículo 73

“Artículo 73.-Conflicto con la junción jurisdiccional


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

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

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

³⁵ ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol. I, p. 81.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 31 de 161

AZTECA PERÚ indica que en el presente caso, no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto a la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado por AZTECA PERÚ. Señalan que lo que TESUR ha planteado al Tribunal Arbitral, entre otros, es (i) que se declare que la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición no ha sido modificada como consecuencia de la emisión de la Resolución Viceministerial y que, caso contrario, (ii) se precise que la modificación no incluyó la variable “Na”. Consideran que ambos puntos son irrelevantes para los efectos de este procedimiento: como ya han señalado, AZTECA PERÚ está solicitando al Consejo Directivo del OSIPTEL que disponga la modificación del Anexo 5 del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas. Indican que no es objeto del presente procedimiento que el organismo regulador revise la aplicación de la normativa respecto al texto original del contrato, pues ello escaparía a la función normativa-regulatoria de este órgano.

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

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


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

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

“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...).

Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias,



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 161

mediante la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia).³⁶

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


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

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

AZTECA PERÚ señala que debe quedar claro que un Tribunal Arbitral no es el fuero competente para la resolución de la presente controversia. El OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo, es quien debe garantizar que, mediante un mandato, se modifiquen los términos que rigen la relación de compartición de TESUR y AZTECA PERÚ, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará bajo

³⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 33 de 161
	INFORME	

condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.

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

4.2.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

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


En primer término, se debe señalar que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Contrato (en el año 2015), establecían lo siguiente:

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

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

Cabe indicar que el marco legal definido por la Ley N° 29904, no limita a que un contrato de compartición únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de compartición, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones jurídicas. En ese sentido, las partes de un contrato de



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 161

compartición, durante su ejecución, pueden celebrar contratos que dispongan la modificación, regulación o extinción de la respectiva relación jurídica. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.

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

Bajo dicho contexto, se considera que la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a TESUR con fecha 18 de agosto del 2017, constituye un requerimiento para variar las condiciones de la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, el rechazo de TESUR al 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.

4.2.4.2 La falta de pago en que ha incurrido AZTECA PERÚ y la continuidad de la compartición de la infraestructura de TESUR.

TESUR ha señalado que AZTECA PERÚ ha incurrido en falta de pago por el acceso y uso de su infraestructura; por su parte, AZTECA PERÚ ha formulado una solicitud para que el OSIPTEL disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de TESUR.

Al respecto, los referidos argumentos y el extremo de la solicitud en mención serán analizados en el punto relativo al riesgo que implica para la RDNFO la falta de acuerdo entre las partes para modificar el Contrato. En ese sentido, en el presente acápite solo se analiza los extremos de la solicitud de AZTECA PERÚ vinculados a la modificación de las condiciones económicas del Contrato.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 161

4.2.4.3 Implicancias del arbitraje solicitado por TESUR luego de iniciado el presente procedimiento de emisión de mandato.

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

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

En ese sentido, se debe señalar que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo. Ello, conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG³⁷.

Asimismo, se debe tener en cuenta que cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que corresponde en el presente procedimiento, debe tener sustento en *una ley o en mandato judicial expreso*, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72.2 del TUO de la LPAG³⁸. Respecto de lo cual, se debe señalar los siguientes dos puntos:

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

En particular, no se verifica el supuesto de conflicto con la función jurisdiccional al que hace mención el artículo 73.1 del TUO de la LPAG³⁹. Si bien existe una cuestión litigiosa entre TESUR y AZTECA PERÚ que la primera ha sometido a arbitraje (luego de iniciado el presente procedimiento); se debe señalar que la modificación de una condición contractual y, por ende, el cambio de la configuración de la relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904; implica para el OSIPTEL el ejercicio de la función normativa que le asignan las leyes N° 27332 y N° 29904 –en una intervención subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de una de éstas- con la finalidad

³⁷ "Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo."


³⁸ "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.(...)"

³⁹ Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 161

de velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional⁴⁰.

En ese sentido, la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional para que el OSIPTEL emita su pronunciamiento: el marco legal antes citado es claro sobre la atribución que debe ejercer este Organismo Regulador en la vía de mandato, respecto de las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. TESUR), en una relación de compartición de infraestructura que se sujeta a la Ley N° 29904.

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

⁴⁰ “Artículo 1. Objeto de la Ley

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

“Artículo 2. Promoción de la Banda Ancha


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

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Decláranse de necesidad pública e interés nacional:

- i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.
- ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.”



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 37 de 161

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

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

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

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

4.2.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.


4.2.5.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Carta DJ-150/18 recibida el 16.01.2018).

A. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN.

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 161

AZTECA PERÚ coincide en que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierte la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la cual podría incluso estar vulnerando un interés público protegido. Dicha situación se evidencia en el presente caso: AZTECA PERÚ solicitó a TESUR la modificación de los términos contractuales referidos a la contraprestación por el uso de infraestructura, en tanto justamente excedía el precio máximo establecido por el marco regulatorio, lo que, a su vez, implicaba una vulneración a un interés público mayor.


Adicionalmente, AZTECA PERÚ señala que se debe tener en cuenta que el marco normativo que regula las relaciones de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de comunicaciones, ya sea bajo la Ley N° 28295 o la Ley de Banda Ancha, no limitan de modo alguno que alguna de las partes pueda plantear modificaciones a los términos inicialmente incluidos en los contratos de compartición durante su ejecución. Ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú. Por lo mismo, consideran que ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo del OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos en ejercicio de su función normativa, la que ha sido expresamente encomendada por ley al ente regulador.

Señala que, si bien es cierto todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una “controversia” si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados⁴¹, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias o una vía distinta a la emisión de un mandato por el Consejo Directivo impidiendo con ello que éste ejerza la función normativa que le ha conferido la ley y desconociendo, en la práctica, dicha potestad. Indica que, en primer lugar se debe observar que no se pone en discusión la interpretación del texto original del contrato; y, en segundo lugar, se advierte que no están ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de TESUR y/o de AZTECA PERÚ, sino que **se trata de una materia regulada**, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes, para la ejecución de un proyecto de interés nacional⁴².

⁴¹ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. En este caso, la motivación que tuvo AZTECA PERÚ para plantear el cambio en la relación contractual se origina en cómo considera que deben interpretarse y aplicarse las normas sobre el precio máximo por el acceso a infraestructura. Por ello es que su solicitud de modificación se regula por las normas relativas a la emisión de mandatos de acceso y corresponde ser conocida por el Consejo Directivo en defecto de acuerdo entre las partes, no correspondiendo que la cuestión se resuelva por un mecanismo de solución de controversias aplicable a una materia no regulada pues claramente no es el caso.

⁴² La infraestructura eléctrica de TESUR tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que *“la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo*



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 161

AZTECA PERÚ considera que, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁴³, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley N° 28295, el Decreto Legislativo N° 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo frente a la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

Señala que es importante tener en cuenta que **el fin propio del OSIPTEL, encomendado en exclusiva a esta entidad, es resguardar el interés público protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.** Por tanto, en atención a su función normativa - regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe **redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.**


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

En atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00220- GPRC/2017, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA PERÚ y TESUR no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicitan al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura, en este caso, modificando la contraprestación fijada a fin de que observe el precio máximo legal.

cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes (énfasis agregado). Bajo este régimen, "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)" (énfasis agregado). [JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, 2016, p. 387. y PARADA Ramón. Derecho Administrativo. Tomo III. 15ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 12]

⁴³ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 161

B. SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE INICIADO POR TESUR.

AZTECA PERÚ indica que en el Proyecto de Mandato, se concluyó que no existe situación alguna que justifique que el Consejo Directivo no ejerza su competencia normativo-regulatoria para modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición suscrito entre AZTECA PERÚ y TESUR. Ello, toda vez que: (i) no existe alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza su competencia; y, (ii) tampoco han sido notificados con algún mandato judicial que les ordene no emitir un pronunciamiento respecto de la presente controversia; los cuales constituyen los únicos supuestos por los que el OSIPTEL no ejercería su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 72.2 del artículo 72 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (“TUO LPAG”).


Sobre el particular, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 en este extremo. Así pues, consideran que el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien tiene la competencia exclusiva para modificar las condiciones económicas en una relación de compartición vigente, por lo que la inhibición de sus atribuciones debe encontrarse sustentada en una ley o mandato judicial. Teniendo en cuenta lo anterior, no existe supuesto alguno para que el Consejo Directivo no ejerza su competencia en el presente caso, conforme está establecido en el numeral 72.2 del artículo 72 de TUO LPAG.

Adicionalmente a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que para que exista un conflicto con la función jurisdiccional no basta con que exista cualquier proceso judicial o arbitral en trámite entre las partes, sino que se debe cumplir concurrentemente con los requisitos señalados en el artículo 73 del TUO LPAG, entre los que se encuentra que: (i) la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado; y, (ii) la necesidad de obtener un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional para resolver la cuestión en sede administrativa.

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

Indican que no hay materia alguna sometida a arbitraje respecto a la cual sea necesario obtener un pronunciamiento previo antes de emitir el Mandato de Compartición solicitado. Ello, toda vez que su pretensión es que se modifique el Anexo



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 41 de 161
	INFORME	

5 del Contrato de Compartición, en lo que se refiere a las condiciones económicas, lo cual es de estricta competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y no del Tribunal Arbitral, pues están referidas al ejercicio de sus atribuciones normativas-regulatorias.

Consideran que por el contrario, es el Tribunal Arbitral quien debiera abstenerse de conocer las siguientes pretensiones de TESUR: (i) que se declare que la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición no ha sido modificada como consecuencia de la emisión de la Resolución Viceministerial y que, caso contrario, (ii) se precise que la modificación no incluyó la variable "Na". En efecto, para atender dichas pretensiones, el Tribunal Arbitral requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor "Na". Siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública, bajo competencia directa y primaria al OSIPTEL, el Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse sobre esta materia.

De acuerdo con lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto de que no existe alguna situación que justifique la inhibición del Consejo Directivo para emitir un Mandato de Compartición y que tampoco se ha verificado un supuesto de conflicto con la función jurisdiccional. En consecuencia, solicitan al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura.

4.2.5.2 COMENTARIOS DE TESUR (Carta TDS-017/2018 recibida el 17.01.2018).


A. OSIPTEL NO PUEDE MODIFICAR LA CONTRAPRESTACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO DE ACCESO Y USO MEDIANTE LA EMISIÓN DE UN MANDATO DE COMPARTICIÓN.

TESUR señala que el OSIPTEL se encuentra absolutamente prohibido de avocarse al conocimiento y trámite de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ, por cuanto ésta tiene por objeto resolver un asunto que actualmente se encuentra sometido al conocimiento exclusivo de un órgano jurisdiccional⁴⁴ y, por lo tanto, solo puede ser dilucidado por éste, sin que el OSIPTEL u otra entidad administrativa pueda interferir.

Indica que la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ está destinada a modificar la contraprestación pactada en el Contrato de Acceso y Uso y esa misma materia se encuentra hoy sometida al conocimiento de un Tribunal Arbitral. Sin perjuicio de que AZTECA PERÚ y TESUR discrepen respecto de la naturaleza de la controversia y del fuero competente para resolverla, lo cierto es que esa controversia

⁴⁴ En efecto, en virtud del Principio *Kompetenz- Kompetenz* previsto en el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, corresponde exclusivamente al Tribunal Arbitral declarar si es competente para conocer la controversia que ha sido sometida a su conocimiento:



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 161

ya fue sometida al conocimiento de un órgano jurisdiccional y, por lo tanto, éste es el único que puede resolver si es o no competente para resolver la controversia.

TESUR considera que incluso en la negada hipótesis de que los cuestionamientos que formula AZTECA PERÚ a la competencia del Tribunal Arbitral tuvieran algún asidero, no cabe duda que el único órgano llamado a evaluarlos y resolverlos es el propio Tribunal Arbitral. Indican que pretender que sea el OSIPTEL el que determine si el Tribunal Arbitral tiene o no competencia para resolver la discrepancia sometida a su conocimiento importaría una contravención directa al artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071⁴⁵, así como una grave vulneración al artículo 139°⁴⁶ de la Constitución que prohíbe el **avocamiento indebido de asuntos que han sido planteados ante un órgano jurisdiccional**.

Indican que el OSIPTEL señala que “cualquier exigencia al OSIPTEL para que no ejerza la atribución que le corresponde en el presente procedimiento, **debe tener sustento en una ley o en mandato judicial expreso, en cumplimiento del artículo 12.2 del TUO de la LPAG**”. En esa línea, “**no se tiene conocimiento de la existencia de alguna ley que disponga que el OSIPTEL no ejerza en el presente procedimiento, la atribución antes señalada**”. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Manifiestan su sorpresa respecto a la última afirmación del OSIPTEL, puesto que TESUR, desde el inicio de este procedimiento, ha señalado una y otra vez que las normas previstas en los artículos 139° de la Constitución y 41° del Decreto Legislativo N° 1071, prohíben de manera expresa que el OSIPTEL se avoque a este procedimiento que tiene por objeto solucionar una controversia que ya se encuentra sometida a un órgano jurisdiccional.

Asimismo, indican que el OSIPTEL se equivoca al referirse al artículo 73° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁷ (en adelante, “TUO de la LPAG”), al señalar que “la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional para que el OSIPTEL emita un pronunciamiento”.

⁴⁵ “Artículo 41.- Competencia para decidirla competencia del tribunal arbitral.


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

⁴⁶ Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

⁴⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 161

Manifiestan que en el presente caso no están frente a un supuesto de conflicto entre la función administrativa y la función jurisdiccional, en el que la resolución de la controversia administrativa requiere de un pronunciamiento jurisdiccional previo para poder ser válidamente emitida. En este caso existe **una sola discrepancia** que ha sido sometida al conocimiento de **dos fueros**, el administrativo y el jurisdiccional; sin embargo, por mandato de la Constitución, el fuero jurisdiccional prima sobre cualquier otro y, por lo tanto, la entidad administrativa debe abstenerse de conocer el caso.

TESUR señala que el OSIPTEL no hace sino confundir las disposiciones constitucionales y legales sobre el avocamiento indebido y el conflicto con la función jurisdiccional previsto en la LPAG, para justificar su intervención y continuar conociendo la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ de manera contraria al ordenamiento jurídico.

Asimismo, indica que con la emisión del Proyecto de Mandato, OSIPTEL no sólo incurre en un avocamiento indebido, sino que además vulnera abiertamente el marco legal al arrogarse -por la vía de una interpretación- una competencia para modificar contratos de compartición a través de mandatos, a pesar de que el ordenamiento jurídico que regula el despliegue de la RDNFO no le atribuye tal competencia.

Manifiesta que no existe en la Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la RDNFO, Ley N° 29904 (en adelante, "Ley RDNFO") y su Reglamento⁴⁸ (en adelante, "Reglamento RDNFO") base legal alguna que autorice al OSIPTEL a emitir mandatos para modificar contratos de compartición de infraestructura. El artículo 25⁴⁹ del Reglamento RDNFO -que reiteradamente invoca el OSIPTEL- no contempla la emisión de mandatos para modificar contratos, sino única y exclusivamente para dictar mandatos cuando **las partes no han llegado a un acuerdo para el acceso y uso de la infraestructura.**

Señala que las facultades del OSIPTEL -en ejercicio de cualquiera de las funciones que le han sido conferidas por el marco legal aplicable a los organismos reguladores- **son estrictamente regladas** y, por lo tanto, se restringen necesariamente a las actuaciones y actos expresamente determinados en el ordenamiento legal. Esto es mucho más claro tratándose de una facultad exorbitante y absolutamente excepcional


⁴⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 01-2013-MTC.

⁴⁹ **Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos**

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 161

que permitiría al regulador suplantar en la voluntad de las partes para imponer “acuerdos” incluso contra esta voluntad, lo que constituye una clara limitación a la libertad contractual consagrada en la Constitución, máxime cuando, como se ha indicado y se indicará, extralimitándose de sus competencias, omite de forma consciente, y a sabiendas de ello y del perjuicio que puede ocasionar, la existencia de un contrato de compartición plenamente válido y legal.

Por lo tanto, en aplicación del Principio de Legalidad, TESUR indica que no sería posible interpretar extensivamente el artículo 25° del Reglamento RDNFO para concluir que éste le confiere al OSIPTEL la facultad de modificar contratos de acceso y uso de infraestructura libremente pactados entre dos partes; cuando es claro que el texto de la referida norma no confiere tal facultad.


De esta manera, en los casos en los cuales no haya sido necesario solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato porque las partes lograron llegar a un acuerdo para la suscripción de un contrato de acceso y uso de infraestructura (el caso de TESUR y AZTECA PERÚ), una vez suscrito, la relación entre ambas partes se rige por los términos y condiciones expresamente estipulados en el contrato, sin que se haya previsto la posibilidad de que el OSIPTEL intervenga **posteriormente** para modificar los términos de esa relación contractual en contra de la voluntad de las partes.

TESUR señala que la finalidad del acceso y uso de infraestructura de uso público regulada en la Ley RDNFO, no es otra que **facilitar el despliegue de la RDNFO** y no su posterior regulación. Es decir, dicho régimen legal está destinado a asegurar las condiciones que permitan al operador de la RDNFO (AZTECA PERÚ) tender su cable de fibra óptica en la infraestructura de uso público en la cual necesita soportarse.

Consideran que ni la Ley RDNFO ni el Reglamento RDNFO establecen la posibilidad de regular nuevas condiciones técnicas o económicas a las que deberán ajustarse las empresas durante todo el plazo de la compartición. Esta regulación confirma que, a partir de que la RDNFO ya fue desplegada, la relación contractual establecida entre AZTECA PERÚ y el titular de la infraestructura se rige por lo dispuesto en su respectivo contrato de compartición (el cual recoge y se ajusta a las disposiciones legales vigentes cuando éste se firmó), sin perjuicio de la aplicación de la normativa general del OSIPTEL en los asuntos que son de su competencia por atribución expresa de la ley.

TESUR manifiesta que en el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL afirma que, una vez celebrado el contrato de compartición, es perfectamente posible que el OSIPTEL intervenga para modificar las condiciones inicialmente pactadas, en tanto dichas condiciones “*pueden devenir en discriminatorias*” y “*pueden terminar dañando el proceso competitivo*”. Sin embargo, para fundamentar su posición, el OSIPTEL se limita a citar nuevamente el artículo 25° del Reglamento RDNFO (que ya hemos visto que nada dice sobre dictar mandatos para modificar contratos de compartición) y, a partir de ello, concluye, sin mayor desarrollo o fundamentación, que puede intervenir en los contratos para garantizar que estos no perjudiquen el proceso competitivo.



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 161

“Se debe mencionar que en los 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.

(...)

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 a OSIPTEL en la vía del 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”.** (El resaltado y subrayado es de TESUR).

TESUR señala que el OSIPTEL vuelve a confundir el marco legal y sus facultades. Precisa que una facultad es la que tiene el OSIPTEL como agencia de competencia del sector, que debe actuar frente a situaciones concretas contrarias a la libre competencia (ya sea de oficio o a pedido de parte), que no es el presente caso. Y otra facultad muy distinta es la que le permite suplantar en la voluntad de las partes para crear o modificar una relación jurídica, cuando así lo dispone de manera expresa e indubitable la ley.

TESUR considera que en este caso no se ha alegado, ni menos aún se ha probado, que exista una conducta contraria a la libre competencia que requiera de la intervención del OSIPTEL; y, de haberse presentado dicho supuesto, el mecanismo para solucionarlo no sería el mandato. Tampoco se ha probado que la Ley RDNFO o su Reglamento RDNFO contengan alguna disposición que confiera al OSIPTEL la competencia para modificar una relación ya establecida en virtud de un contrato de compartición.

TESUR indica que de una revisión detallada de la Ley RDNFO y su Reglamento puede comprobarse que estos ni siquiera contienen disposiciones que establezcan la obligación de las empresas de adecuar sus relaciones contractuales a cambios normativos posteriores; a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el marco legal que regula la interconexión de servicios de telecomunicaciones. Si ni siquiera se ha establecido la obligación de las empresas de adecuarse a normas posteriores, menos



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 46 de 161

aún podría el regulador imponerles la modificación de sus contratos de compartición, por la vía de un mandato.

Indica que en el caso de las normas que regulan la interconexión de los servicios y redes de telecomunicaciones, éstas contienen una serie de disposiciones destinadas a mantener una regulación permanente de las condiciones técnicas y económicas de la interconexión, estableciendo, por ejemplo, la obligación de las empresas operadoras de ajustar sus cargos de interconexión a las disposiciones que el OSIPTEL emita con posterioridad a la celebración del contrato de interconexión. Así, para asegurar esta adecuación, el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión⁵⁰ prevé, en su artículo 46^{o51}, un procedimiento para modificar los contratos de interconexión, que señala que, si el operador rechaza la modificación propuesta, OSIPTEL emitirá un mandato. Así, a diferencia del régimen legal de la RDNFO, en el caso de la interconexión existe un marco legal que no solo obliga a las empresas a adecuarse a las normas emitidas con posterioridad por el OSIPTEL, sino que habilita expresamente al OSIPTEL a modificar contratos de interconexión a través de mandatos cuando el operador se niega a adecuarse. Precisan que nada de esto existe en la Ley RDNFO ni en su Reglamento RDNFO.

TESUR considera que queda comprobado que el régimen legal de la RDNFO no habilita al OSIPTEL a emitir un mandato de compartición para modificar una relación contractual ya establecida, sino única y exclusivamente para el acceso y uso de la infraestructura, a falta de acuerdo entre AZTECA PERÚ y su titular.

B. OSIPTEL PRETENDE MODIFICAR EL CONTRATO DE ACCESO Y USO POR UN PROBLEMA COMERCIAL DE LA RDNFO.

TESUR indica que los argumentos esbozados por AZTECA PERÚ y el sustento del OSIPTEL para avocarse a este procedimiento, revelan claramente la motivación que estaría detrás del Proyecto de Mandato: solucionar un problema comercial de la RDNFO y un mal diseño regulatorio del régimen económico aprobado inicialmente para el acceso y uso de la infraestructura.


⁵⁰ Aprobado mediante Resolución N° 134-2012-CD-OSIPTEL.

⁵¹ **Artículo 46.- Procedimiento de modificación del contrato o mandato de interconexión.**

46.1. En caso uno o más operadores de servicios públicos de telecomunicaciones requieran, durante la ejecución del Proyecto Técnico de Interconexión, introducir modificaciones que afecten la compatibilidad técnica o funcional, la calidad del servicio, la puesta en servicio, los equipos o los aspectos económicos de la interconexión, el operador u operadores interesados procederán, de inmediato, a informar al otro u otros operadores sobre dichas modificaciones, adjuntando la propuesta de modificación del contrato o mandato de interconexión, con copia al OSIPTEL. (...)

46.3. Si el operador u operadores notificados no cumplen con aceptar o rechazar las modificaciones propuestas dentro del plazo establecido, a solicitud de una o de ambas partes, el OSIPTEL emitirá un pronunciamiento sujeto a lo dispuesto por el Artículo 51." (El resaltado y subrayado es nuestro).



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 47 de 161
	INFORME	

Indica que frente a este problema, en lugar de negociar la modificación de las contraprestaciones pactadas en sus contratos de compartición, AZTECA PERÚ pretende que el OSIPTEL imponga dicha modificación vía mandatos. Consideran que para justificar tal intromisión, AZTECA PERÚ alude a supuestas barreras económicas, supuestas facilidades esenciales en la infraestructura de TESUR y una supuesta asimetría de información entre AZTECA PERÚ y su empresa. Sin embargo, consideran que ninguna de estas alusiones son desarrolladas mínimamente y menos aún probadas. Finalmente, indican que tanto AZTECA PERÚ como el OSIPTEL aluden también a un interés público con el cual pretenden justificar cualquier tipo de intervención en relaciones privadas válidamente pactadas conforme al marco legal vigente.


TESUR manifiesta que lo que en realidad se pretende con el mandato solicitado por AZTECA PERÚ y que el OSIPTEL viene tramitando de manera contraria al ordenamiento jurídico, es solucionar un problema comercial de rentabilidad de la RDNFO originado por servicios que compiten con ésta (ofreciendo precios más flexibles y atractivos) y, consecuentemente, una demanda menor a la esperada. Ello, señalan, es un problema ajeno a la relación contractual de AZTECA PERÚ y TESUR, la cual no puede ser modificada a través de un mandato del OSIPTEL para mejorar la situación comercial de la RDNFO.

Manifiesta que AZTECA PERÚ sostiene que “el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de TESUR, **bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional**”. Posteriormente agrega: “Por ello, **mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de TESUR sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente de viabilidad económica del proyecto**”. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Consideran que el soporte de AZTECA PERÚ sobre las redes de TESUR no ha significado *“un encarecimiento excesivo”*, ya que la contraprestación pagada por AZTECA PERÚ ha sido siempre la misma y fue pactada por las partes aplicando estrictamente la metodología establecida en el Reglamento RDNFO, tal como ambas partes la entendían.

Por lo tanto, indican que si esta contraprestación resulta ahora excesivamente onerosa no es porque los costos de la infraestructura eléctrica se hayan reducido y sus titulares se estén beneficiando con esta reducción; ni tampoco se debe a una aplicación equivocada de la metodología establecida en el marco legal. Manifiesten que si existe un *“riesgo inminente de viabilidad económica de la RDNFO”*, éste obedece a un diseño equivocado e inflexible de este proyecto, que no tomó en cuenta los cambios que podían producirse en el mercado de las telecomunicaciones, lo cual ha sido reconocido por el propio OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 48 de 161

Hacen referencia al Informe N° 198-GPRC/2017 (en adelante, “Informe 98”) en el cual OSIPTEL analizó la situación comercial de la RDNFO, y se indica lo siguiente respecto de la situación competitiva de dicha red:

“(…) la situación descrita evidencia que el desempeño de la demanda de la RDNFO se encuentra por debajo de lo que se esperaba, probablemente, debido a un escenario más competitivo o a rigideces ex post que viene enfrentando Azteca en este nuevo escenario del mercado de transporte de telecomunicaciones en el Perú.” (El resaltado y subrayado es de TESUR).

TESUR indica que el OSIPTEL señala que los cambios en las proyecciones de la demanda se deben principalmente “a que en la fase de diseño **no se contemplaron escenarios de superposición con las redes de fibra óptica de otras empresas, la aparición de la tecnología 4G, y la adopción extendida del internet móvil**”, todo lo cual ha determinado que las condiciones para la prestación del servicio portador hayan cambiado y los precios hayan variado radicalmente en relación a los que existían al momento del desarrollo de la RDNFO y su adjudicación por Proinversión.


Indica que considerando la diferencia que el OSIPTEL identifica en su Informe 198 entre los niveles actuales de demanda y los que fueron proyectados inicialmente durante la etapa de licitación de la concesión de la RDNFO, el OSIPTEL propone, en su Informe 198, modificar el régimen económico de la RDNFO para cambiar la tarifa actual de US\$ 27.00 por una tarifa flexible que se vaya adecuando a las condiciones de mercado en las zonas en las cuales opera la RDNFO. Nada de esto, sin embargo, ha sido implementado; y la RDNFO mantiene problemas de rentabilidad que deben ser subsidiados por el Estado peruano.

TESUR considera que el OSIPTEL y las autoridades del sector deberían preocuparse de que empresas como AZTECA PERÚ hubieran puesto en valor la infraestructura, compitiendo con precios de mercado para atraer a empresas que, de hecho, han tenido que establecer estructuras de fibra óptica paralelas por la inflexibilidad comercial gestionada por AZTECA PERÚ bajo un diseño regulatorio deficiente, que ha permitido a AZTECA PERÚ obtener unos retornos sobre unos ingresos fijos de partida y, por consiguiente, sin considerar que los mismos se pueden obtener también por mayor número de clientes a menor precio. Pregunta ¿Por qué los operadores han construido infraestructuras paralelas y han utilizado caminos alternativos, en lugar de utilizar la infraestructura de AZTECA PERÚ? ¿Qué ha hecho el OSIPTEL y las autoridades sectoriales al respecto?

TESUR indica que el encarecimiento de la RDNFO no se debe, pues, a una variación en los costos de la infraestructura eléctrica que haya determinado que la contraprestación que AZTECA PERÚ pagaba a TESUR se vuelva excesivamente onerosa. Señalan que el propio OSIPTEL ha reconocido que el problema que rentabilidad que viene enfrentando la RDNFO se debe a que el diseño de su

⁵² El resaltado y subrayado es nuestro



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 49 de 161
	INFORME	

concesión no consideró los cambios que podían producirse en el mercado de las telecomunicaciones (nuevas tecnologías, superposición de redes, etc.). Manifiestan que en lugar de solucionar esta situación logrando que AZTECA PERÚ genere una oferta más competitiva, pretenden solucionarlo perjudicando a los concesionarios de infraestructura eléctrica.

TESUR manifiesta que aceptando también los errores que se cometieron al regular el desarrollo de la RDNFO, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC") ha declarado que se habría equivocado al regular la metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento RDNFO. Estas son las justificaciones esgrimidas por el MTC, tanto en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC (en adelante, RVM 768") como en el Informe No. 292-2017-MTC/16 (en adelante, "Informe 292") para **modificar** la metodología originalmente aprobada para la contraprestación y "aproximarla" a las supuestas condiciones del mercado. Así, en el considerando quinto de la referida resolución viceministerial se señala:


*"Que, se ha observado que aplicando la metodología vigente a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión, **los valores resultantes de la contraprestación mensual se encuentran en todos los casos evaluados, por encima de los precios promedio del mercado**, por lo que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones mediante Informe N° 292-2017-MTC/26 del 04 de agosto de 2017, recomienda aprobar la modificación de los valores de las variables "m" y "f" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión, a fin de que la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado (...)"*. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

TESUR concluye que la RDNFO actualmente enfrenta un grave problema de rentabilidad porque las condiciones de este proyecto no se ajustan a la realidad del mercado actual. Sin embargo, es evidente que este problema no es responsabilidad de TESUR y en ningún caso justifica la intervención del Estado para modificar la contraprestación de un contrato privado libremente pactado conforme a ley. Considera que si hoy existe un problema de rentabilidad de la RDNFO, éste no puede solucionarse a costa de los concesionarios eléctricos.

Señala que lo que sucede es que el Estado ha garantizado unos ingresos mínimos de la RDNFO en el contrato de concesión de AZTECA PERÚ. Esto ha determinado que el OSIPTEL y otras entidades del sector evalúen medidas para reducir el impacto de este problema en la RDNFO y en los fondos que el Estado está destinando por los compromisos asumidos en el contrato de concesión de AZTECA PERÚ. Señala que una de estas medidas ha sido, como se ha visto, la propuesta del OSIPTEL para modificar el esquema de tarifas de la concesión de AZTECA PERÚ. Otra medida ha sido la modificación de las variables "f" y "m" de la metodología del Reglamento RDNFO mediante resolución viceministerial.

Consideran que lo que resulta contrario al ordenamiento jurídico es atribuirle a la



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 161

referida resolución viceministerial unos alcances que exceden a todas luces lo dispuesto en su texto y pretender que el OSIPTEL imponga tales alcances mediante la imposición de un mandato para el cual no tiene competencia. Señalan que **nada justifica que el OSIPTEL intervenga en el Contrato de Acceso y Uso** para imponer una reducción de la contraprestación que TESUR tiene derecho a recibir en virtud del referido Contrato y del marco legal vigente bajo el cual éste fue suscrito.

C. LA SUPUESTA FALLA DE MERCADO Y EL INTERÉS PÚBLICO QUE JUSTIFICARÍA LA INTERVENCIÓN DE OSIPTEL EN EJERCICIO DE SU FACULTAD NORMATIVA.


TESUR indica que el OSIPTEL ha manifestado que el Proyecto de Mandato es dictado en ejercicio de **la función normativa** atribuida al OSIPTEL por la Ley Marco de Organismos Reguladores, Ley N° 27332, **para regular fallas de mercado**. Así señala:

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

Indican que lo contradictorio, es que en ninguna de las 80 páginas que componen el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL explica cuál es la supuesta falla de mercado que justificaría su intervención para modificar la contraprestación pactada en el Contrato de Acceso y Uso. Señala que una falla de mercado es un problema estructural muy específico, que debe ser debidamente explicado y demostrado, sobre todo si es que se trata de la justificación que habilitaría al OSIPTEL a intervenir en ese mercado. Consideran que no debe confundirse, pues, la falla de mercado con un problema comercial originado en la inflexibilidad de las tarifas o el mal diseño de la oferta comercial. Sin embargo, el OSIPTEL vuelve a confundir conceptos y alude a una falla de mercado que no explica ni sustenta. Esto, como es evidente, es una manifiesta falta de motivación del OSIPTEL en el Proyecto de Mandato.

TESUR indica que más grave aún es que el OSIPTEL pretenda ignorar que los mandatos que emite **no son normas**. Lo cierto es que los mandatos **son actos administrativos** en los términos previstos en el artículo 1° del TUO de la LPAG porque están destinados a resolver discrepancias (falta de acuerdos), produciendo efectos jurídicos únicamente sobre los intereses, obligaciones y derechos de las **dos partes**



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 51 de 161

que intervienen en éste. Es precisamente por ello que, como señalan las normas del OSIPTEL, la impugnación de los mandatos se sujeta a las reglas de interposición de recursos administrativos. Lo anterior ha sido confirmado por la sentencia final emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en el expediente N° 2057-2007⁵³. Esta última sentencia se pronuncia respecto de una demanda contencioso administrativa presentada contra un mandato, precisamente porque las instancias judiciales y las partes del proceso, incluido el OSIPTEL, consideraron pacíficamente que el mandato era un acto administrativo. Como se sabe, conforme al artículo 4° de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (TUO aprobado por Decreto Supremo No. 013-2008-JUS), sólo pueden ser objeto de acción contencioso administrativa las actuaciones de la administración que califiquen como actos administrativos y en ningún caso los actos normativos o reglamentarios.

TESUR indica que en la misma línea que el OSIPTEL, AZTECA PERÚ argumenta una supuesta facilidad esencial en el acceso y uso de la infraestructura de TESUR, un supuesto abuso de la posición de dominio de esta empresa y supuestas barreras económicas para el despliegue de la RDNFO, así como una supuesta asimetría de información con relación a AZTECA PERÚ que pondría a ésta última en desventaja para conocer los costos de TESUR para el acceso y uso de su infraestructura.


TESUR considera que ninguna de estas afirmaciones es sustentada por AZTECA PERÚ, quien se limita a repetir que, dado que la compartición es un mercado regulado y que existe un interés público en la RDNFO, corresponde al OSIPTEL emitir el mandato solicitado.

De lo anterior TESUR manifiesta que parece claro que la "justificación" alegada, tanto por AZTECA PERÚ como por el OSIPTEL, para intervenir en el Contrato de Acceso y Uso y para modificar la contraprestación, se reduce a la declaración de "interés nacional" contenida en el artículo 1° de la Ley RDNFO. Así pues, lo que se encuentra detrás del pretendido mandato no es una probada falla de mercado, ni un abuso de posición de dominio, ni la existencia de una barrera de acceso real a la infraestructura eléctrica. La declaración de interés nacional no es más que una decisión política del Estado Peruano de desarrollar una red de fibra óptica a lo largo del Perú y la necesidad de cumplir con los compromisos financieros asumidos por el Estado en la concesión de la RDNFO.

TESUR considera que esta declaración de interés nacional de la RDNFO no habilita en modo alguno al OSIPTEL a intervenir de manera arbitraria en contratos de compartición ya suscritos, de un modo expropiatorio, pues no sólo reducen la contraprestación pactada por las partes bajo el marco legal vigente, sino que incluso obligan al titular de infraestructura eléctrica a asumir costos generados por AZTECA PERÚ, como señalan demostrarán más adelante.

⁵³ Referencia corregida mediante la carta TDS-027/2018 de TESUR, recibida con fecha 29 de enero de 2018.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 52 de 161

Indica que si la RDNFO actualmente enfrenta un problema de rentabilidad porque el Estado cometió un error en el diseño regulatorio de la concesión, eso no es causa válida ni suficiente para que, aludiendo al interés público de la RDNFO, pueda imponerse una modificación del Contrato de Acceso y Uso, en perjuicio de TESUR.

TESUR manifiesta que el reconocimiento de la RDNFO como un proyecto de necesidad pública y de interés nacional, no constituye una carta blanca para que el Regulador, tomando partida exclusivamente de un lado del problema (AZTECA PERÚ), intervenga cada vez que el operador de la RDNFO enfrenta problemas comerciales (en lugar de exigirle las responsabilidades por haber permitido la generación de infraestructuras paralelas y no haber puesto en valor la suya) o cuando el Estado se equivoca en las proyecciones de demanda de un proyecto. Ello es inaceptable en un Estado de Derecho donde las competencias y facultades de la Administración Pública son estrictamente regladas y en donde, por principio constitucional, el Estado no puede intervenir para modificar una relación contractual válidamente establecida.

Señalan que lo contrario, además de ser abiertamente contrario al Principio de Legalidad, determinaría una grave afectación a los derechos del titular de la infraestructura (en este caso, TESUR) derivados del Principio de Intangibilidad de los contratos, así como del Principio de Seguridad Jurídica.

TESUR recuerda que, en virtud del primero, los contratos permanecen inalterables hasta que las partes convengan lo contrario, salvo determinadas excepciones dispuestas por normas imperativas y de rango constitucional y/o legal; y, por mandato del Principio de Seguridad Jurídica, éste “asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos⁵⁴” y supone **“la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues permite afirmar la predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho”⁵⁵**. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

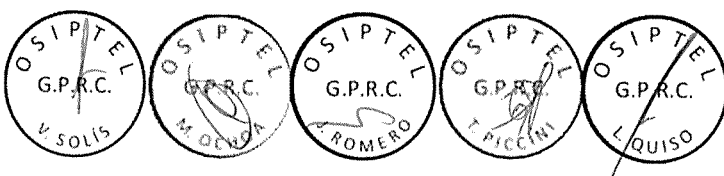
4.2.5.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ SOBRE LOS COMENTARIOS PRESENTADOS POR TESUR (Carta DJ-233/18 recibida el 01.02.2018).


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

AZTECA PERÚ advierte que TESUR asume equivocadamente que basta la existencia de un proceso arbitral para que una entidad de la Administración Pública deba abstenerse de ejercer su competencia. En esa línea, a su errado criterio, **en tanto**

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0001-0003-2003-AI/TC.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional expedida N.º 0016-2002-AI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 53 de 161
	INFORME	

presentaron una petición arbitral de manera posterior a que fueran notificados con su solicitud de mandato⁵⁶, automáticamente este suceso generó una prohibición para el Consejo Directivo de seguir conociendo su solicitud de mandato de compartición, impidiéndole que ejerza su competencia primaria para emitir un mandato que fije las condiciones económicas entre dos partes que no llegaron a un acuerdo luego de una renegociación.

AZTECA PERÚ señala que si el artículo 139 de la Constitución dispusiera de manera general y absoluta que cualquier autoridad debe inhibirse por la sola existencia de una causa pendiente ante el fuero jurisdiccional, incluso cuando ha sido iniciada con posterioridad, carecería de sentido que las entidades de la Administración Pública sean competentes para resolver controversias entre las mismas partes, más aún cuando son materia regulatoria de exclusiva competencia de la administración. Manifiestan que aceptar una interpretación como la que sostiene TESUR generaría incentivos perversos para que se impida la actividad de la Administración Pública cuando el administrado tema que la decisión de la autoridad no le va a ser favorable. Consideran que nada más fácil para una empresa que busque neutralizar a una entidad administrativa que recurrir a la presentación de demandas ante el Poder Judicial o peticiones arbitrales con el único propósito de pretender ilegítimamente amedrentar y limitar la competencia de las autoridades administrativas, como el OSIPTEL en este caso, impidiendo la emisión de un pronunciamiento administrativo, ganando tiempo con la aplicación de estrategias procesales y entorpeciendo la resolución de una controversia.

Sobre este punto AZTECA PERÚ resalta que el ordenamiento jurídico no puede encubrir la mala fe procesal, en donde la sola presentación de una petición arbitral sea suficiente para que una autoridad administrativa no ejerza su competencia. Es así que, en todo procedimiento debe garantizarse la buena fe procedimental⁵⁷, por el que no pueden ampararse solicitudes, planteamientos o recursos que evidencien una mala fe procesal. En esa línea, constituyen parte de los deberes de los administrados abstenerse de solicitar actuaciones meramente dilatorias o afectar de cualquier modo el principio de conducta procedimental⁵⁸.

⁵⁶ TESUR presentó la petición arbitral el 18 de octubre de 2017, **6 días luego que fuera notificado con la solicitud de mandato** (el 12 de octubre de 2017).

⁵⁷ TUO LPAG, Título Preliminar

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo


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

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

⁵⁸ TUO LPAG, Artículo 65

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 161

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

AZTECA PERÚ considera que es inadmisibles interpretar que, cuando el artículo 139 de la Constitución señala que “*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones*”, significa que la sola presentación de una petición arbitral generará que el Consejo Directivo se deba inhibir de emitir un mandato en el presente caso (**aun cuando dicha petición sea presentada con posterioridad**, con el ánimo de obstaculizar los procedimientos administrativos que están en curso). Dicha norma constitucional no debe ser leída de manera aislada ni de forma general para entender que su aplicación se extiende a todos los casos, sin excepción. En esa línea, Morón Urbina indica: “(...) *no basta que exista un procedimiento judicial abierto para que la administración ceda su competencia, aun cuando los temas sean concurrentes*”⁵⁹.

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

Consideran que la Ley de Procedimiento Administrativo General⁶⁰ no es contradictoria con la norma constitucional, ni regula un supuesto distinto al del artículo 139 de la Constitución, como lo alega incorrectamente TESUR. Por el contrario, esta norma legal reconoce que existen supuestos en los que la autoridad administrativa no podrá avocarse a causas pendientes ante órganos jurisdiccionales, siempre que se presente una situación necesaria para que la entidad se inhiba de ejercer su competencia en un caso en particular, permitiendo que coexistan y funcionen los fueros administrativos y jurisdiccionales. Efectivamente, a diferencia de lo que indicó TESUR, AZTECA PERÚ


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

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

⁵⁹ MORON URBINA, Juan Carlos (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 289 - 295.

⁶⁰ Se debe tener en cuenta que la constitucionalidad de la Ley de) Procedimiento Administrativo General no ha sido cuestionada, por lo que se presume que guarda coherencia con la Constitución. De ese modo, TESUR no puede afirmar que esta ley esta constituye una norma que siguió los parámetros regulados en la constitución y, por ende, se sujeta a los principios dispuestos en ella.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 55 de 161
	INFORME	

no se encuentra confundiendo los supuestos contemplados en la Constitución y en la Ley de Procedimiento Administrativo General, ambas normas son coherentes entre sí y deben ser leídas en conjunto.

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

AZTECA PERÚ indica que el que la inhibición del ejercicio de las competencias de una autoridad administrativa requiera de un sólido fundamento obedece a que la actividad administrativa es una actividad primaria de posición preferente para la resolución de las causas y materias que les han sido atribuidas, siendo la actividad jurisdiccional secundaria y excepcional. En esa línea, a nivel doctrinario, ROCCO señala que *“la actividad administrativa es la actividad primaria, la actividad jurisdiccional es la actividad secundaria, y según lo hemos dicho ya, sustitutiva”*⁶¹.

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


*“(...) se entiende dentro de esta lógica la posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, y solo en vía excepcional, cuando se producen las interferencias funcionales (...). Estas reglas son dictadas para asegurar coherencia y unidad de las decisiones del Estado y se fundamenta en criterios de distribución de secuencias, mediante la prelación de órdenes (cuando la resolución de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra) o la exclusión de competencias (cuando alguna de ellas absorbe integralmente la competencia).”*⁶²

Por lo señalado, AZTECA PERÚ manifiesta que el Consejo Directivo es quien tiene la competencia primaria para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas luego de una renegociación infructuosa a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura, dicho órgano sólo podrá inhibirse de ejercer su competencia cuando verifique el cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 73 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (el “TUO LPAG”).

⁶¹ ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol I, p. 81

⁶² MORÓN URBINA, Juan Carlos, p. 33 y 344



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 56 de 161

Precisan que existe una obligación directa de que los órganos administrativos ejerzan la competencia que les fue atribuida⁶³, por lo que constituye una excepción que se aparten de una controversia para la que se encuentran facultados de conocer y, por ende, la inhibición debe encontrarse sustentada en la normativa vigente.

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

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

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

AZTECA PERÚ señala que si bien TESUR alegó que las “leyes” por las que estaría exigiendo al Consejo Directivo que no ejerza su competencia son el artículo 139 de la Constitución y el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071, es evidente que ninguna de estas normas establece que el OSIPTEL se encuentre en la obligación de inhibirse y no ejercer su función normativa en este caso.

Manifiestan que, el artículo 139 de la Constitución no establece que, ante la presentación de una petición arbitral, la autoridad administrativa deba inhibirse de ejercer su competencia de manera automática y sin análisis alguno. De otro lado, el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 únicamente señala que “*el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia*”⁶⁴, sin que ello implique que cualquier proceso arbitral que se inicie generará que no se pueda resolver en vía administrativa cualquier materia entre las mismas partes (con independencia de si está

⁶³ TUO LPAG, Artículo 74

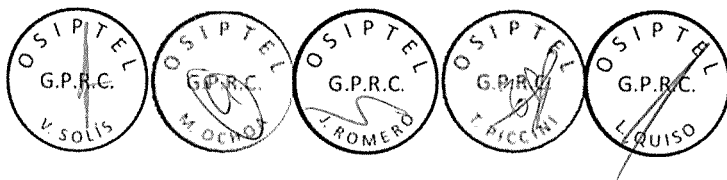
“Artículo 74.- Ejercicio de la competencia


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

⁶⁴ DECRETO LEGISLATIVO 1071

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 57 de 161
	INFORME	

vinculada o no). Por ello, consideran que corresponde desestimar lo alegado por TESUR en este extremo.

AZTECA PERÚ indica que lo que corresponde cuando una parte, como TESUR, se opone a que la autoridad ejerza su función administrativa alegando que existe un arbitraje pendiente, es que el órgano administrativo defina si existe un conflicto con la función jurisdiccional, conforme a lo previsto en el artículo 73 del TUO LPAG.

Señalan que tampoco se advierte que exista un conflicto con la función jurisdiccional en este caso. En efecto, dicho escenario, distinto del presente, es aquel en el que la autoridad administrativa, de oficio, decide inhibirse de continuar con la tramitación de un procedimiento administrativo ante la motivada existencia de un proceso jurisdiccional que versa sobre una misma materia y cuya decisión es indispensable para que pueda emitirse un pronunciamiento administrativo.

AZTECA PERÚ manifiesta que se debe tener presente que, el artículo 73 del TUO LPAG⁶⁵, establece los siguientes requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa frente a un supuesto conflicto con la función jurisdiccional, lo cual también ha sido reconocido en el Informe Jurídico No. 009-2013-JUS/DGDOJ del Ministerio de Justicia⁶⁶.

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

En tal sentido, AZTECA PERÚ manifiesta que si bien puede existir una controversia planteada por TESUR ante un Tribunal Arbitral durante la tramitación del presente

⁶⁵ TUO LPAG, Artículo 73

"Artículo 73.- Conflicto con la función jurisdiccional


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

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

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

⁶⁶ Ver la Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, sobre la aplicación de la Ley No. 27444, pág. 89 y 90. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf> (Visitado el 24 de enero de 2018)



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 58 de 161

procedimiento administrativo, **no están ante una relación de derecho privado irrestricta donde las partes tengan plena disposición.** En efecto, cómo se determina y cuál es el precio máximo que resulta de aplicar la Metodología, es un tema que se encuentra regulado en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, sobre la cuál las partes no pueden pactar en contra ni el fuero arbitral puede decidir no aplicarlas.

AZTECA PERÚ manifiesta que en línea con lo anterior, es importante recordar que únicamente pueden someterse a arbitraje aquellas materias que son de libre disposición para las partes, de acuerdo al marco normativo vigente⁶⁷. En este caso tenemos que la contraprestación por el uso de infraestructura limita la libertad contractual de las partes, pues siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado siguiendo la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En ese orden de ideas, corresponde resaltar que el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA PERÚ pueda renunciar o disponer. Por tanto, si AZTECA PERÚ y TESUR no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, el OSIPTEL (y no un Tribunal Arbitral) debe intervenir a efectos de regular dicha condición.


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

En consecuencia, atendiendo a las consideraciones señaladas, señalan que es el Tribunal Arbitral quien debería abstenerse de conocer el caso en tanto que, para atender las pretensiones de TESUR, dicho tribunal requerirá necesariamente comprender cómo es que la Metodología debía ser aplicada y cuál es el valor que debe tenerse en cuenta respecto al factor "Na". En efecto, siendo un tema estrictamente tarifario, con impacto directo en un mercado regulado y, en particular, en la viabilidad de un proyecto estatal, declarado de interés nacional y necesidad pública,

⁶⁷ Decreto Legislativo No. 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje "Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 59 de 161

bajo competencia directa y primaria del OSIPTEL, mal haría el Tribunal Arbitral en avocarse en esta materia.

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

AZTECA PERÚ considera que la emisión de un mandato en el presente caso por el Consejo Directivo no constituye un ejercicio ilegal de su competencia, por el contrario en observancia de sus atribuciones debe modificar la contraprestación pactada **que rige la relación de compartición de TESUR y AZTECA PERÚ, de modo que se garantice que la infraestructura de energía eléctrica se usará bajo condiciones económicas que garanticen la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, conforme y en estricto cumplimiento de la normativa aplicable.**


B. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL INICIADO POR TESUR.

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

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

AZTECA PERÚ indica que claramente, a través de un laudo, **un Tribunal Arbitral no puede desconocer las facultades del regulador ni limitar la competencia normativa-regulatoria del Consejo Directivo**, ordenando que no emita un mandato que modifique las condiciones económicas de una situación de compartición cuando corresponda. **Así como tampoco el Tribunal Arbitral podría ordenar el desconocimiento de un mandato que emita el Consejo Directivo**, atendiendo a que concluyó que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura sólo puede ser modificada cuando cambie el valor de las variables “m”, “l”; “h”, o “f”. Precisamente, estas inconsistencias evidencian que las pretensiones están referidas



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 161

directamente al cumplimiento del precio máximo legal por uso de infraestructura y, por ello, no pueden resolverse en un fuero arbitral debido a que es una materia regulada.

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


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

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

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

Lo que AZTECA PERÚ claramente ha expuesto a lo largo del procedimiento es que el Consejo Directivo es quien debe modificar la contraprestación del Contrato de Compartición, a efectos de que se sujete al precio máximo legal, luego de que no han



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 61 de 161

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


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

AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de TESUR, la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre participación de infraestructura únicamente señalan que el Consejo Directivo es competente para emitir un mandato cuando las partes no han podido arribar a un acuerdo al momento de la suscripción de un Contrato de Participación, es decir, sólo al inicio de la relación de acceso, más no una vez que ella ha sido entablada. Por ello, consideran erradamente que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, el OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que regirse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. Por ello, creerían que un pronunciamiento del Consejo Directivo sobre nuestra solicitud del mandato vulneraría el principio de legalidad al suponer un ejercicio indebido de su función normativa.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ considera que no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de participación en este caso, como equivocadamente sostiene la contraparte. En efecto, recuerdan a TESUR en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo de OSIPTEL, en lo que se refiere a su competencia para dictar mandatos. Ello, a efectos de que quede claramente demostrado que un pronunciamiento respecto de su solicitud de mandato de participación de ningún modo constituye una actuación fuera de las atribuciones del Consejo Directivo ni una vulneración al principio de legalidad, como falsamente quiere aparentar TESUR.

AZTECA PERÚ indica que el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la "Ley de Organismos Reguladores"), la función normativa "*comprende la facultad de **dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios***" (énfasis y subrayado de AZTECA PERÚ). Señalan que la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como el OSIPTEL es clara en establecer que **tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se**



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 161

establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución. Particularmente, la función normativa del OSIPTEL⁶⁸ es ejercida por su Consejo Directivo⁶⁹ y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

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

LEY DE BANDA ANCHA

“Artículo 32. Supervisión

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

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

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

AZTECA PERÚ considera que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso

⁶⁸ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 23.- Definición de Función Normativa

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

Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular: referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios. (Énfasis y subrayado agregado)


⁶⁹ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM

Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercerla función normativa

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

(Énfasis y subrayado agregado)



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 63 de 161
	INFORME	

compartido de infraestructura. Así pues, esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado TESUR. Por el contrario, es claro que la atribución permite el dictado de mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.


Señala que lo que pretende TESUR es hacer creer que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentra regulada en el artículo 25 del Reglamento, lo cual es totalmente falso. En efecto, la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Así, TESUR se equivoca cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias del OSIPTEL y establece límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, pues estaría interpretando que prima el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

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

Indica que adicionalmente, el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes⁷⁰. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, claramente el artículo 25.3 del Reglamento no limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato de Compartición, sino también cuando no exista un acuerdo sobre alguna condición que tenga repercusión en el uso compartido de la infraestructura, como es la contraprestación.

⁷⁰ Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en nuestros escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "regulación escalonada", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 64 de 161

En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.

AZTECA PERÚ manifiesta que a mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en las que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.


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

Por ello, considera que el hecho que el OSIPTEL también tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público, únicamente refuerza que el Consejo Directivo sea competente para emitir un mandato en este caso, pues a través del pronunciamiento también se asegurará que continúen las operaciones de la Red Dorsal de manera ininterrumpida.

AZTECA PERÚ advierte que nuevamente que TESUR desvía la discusión de lo central, pues no es que el OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. De ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada. En ese orden de ideas, la elección que tiene que realizar el Consejo Directivo está entre emitir o no un mandato legal en una relación jurídica sujeta a regulación de precio máximo.

AZTECA PERÚ manifiesta que como ha podido evidenciarse, la oportunidad para que



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 65 de 161
	INFORME	

se emita un mandato vinculado a asegurar el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones estará siempre que las partes no acuerden algún aspecto sobre la relación de compartición, sea para la suscripción del contrato o durante su ejecución, a fin de que pueda cumplirse efectivamente con la protección del interés público. En tal sentido, a diferencia de lo que argumenta TESUR, en estricto cumplimiento de su función normativa y de su competencia para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, el Consejo Directivo se encuentra facultado para dictar un mandato y modificar las condiciones económicas ante la evidente falta de acuerdo entre las partes respecto de un tema regulado (la contraprestación por el uso compartido de infraestructura).

AZTECA PERÚ señala que lo anteriormente desarrollado ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo⁷¹, como ha sido ampliamente explicado en sus anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA PERÚ sobre las competencias del OSIPTEL para la emisión de mandatos. Por el contrario, la facultad del Consejo Directivo para modificar condiciones económicas pactadas inicialmente ya ha sido reconocido, teniendo esos pronunciamientos absoluta validez por estar acordes con el marco normativo.

Señala que debe recordarse que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁷². Sin embargo, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**


Consideran que el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones.

Señalan que la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación

⁷¹ Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

⁷² Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 161

de las cláusulas acordadas. Además indican que se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).

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


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

D. SOBRE LA DIFERENCIA CON LA NORMATIVA VINCULADA A LA EMISIÓN DE MANDATOS DE INTERCONEXIÓN.

AZTECA PERÚ indica que TESUR resaltó que, a diferencia de lo que prevé la normativa vinculada a la emisión de mandatos de interconexión, donde expresamente se contempla un procedimiento para renegociar condiciones pactadas en los contratos, la normativa referida a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura eléctrica únicamente contempla este supuesto para cuando no exista un contrato que vincule a las partes. Por ello, a su errado criterio, en tanto la norma de compartición de infraestructura no señala expresamente que se emitirán mandatos ante una renegociación como la norma de interconexión, el Consejo Directivo no podría dictar un mandato en el presente caso.

AZTECA PERÚ manifiesta que la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no se encuentra restringida



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 67 de 161
	INFORME	

para que sea ejercida con un límite temporal, por lo que no sólo se circunscribe para garantizar un acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia en la infraestructura. Ello, atendiendo lo establecido en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha, así como también considerando que el **OSIPTEL debe garantizar la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria**, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.

Sobre este punto, AZTECA PERÚ indica que el OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*⁷³. En esa línea, **en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación**, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

Por tanto, consideran que la diferencia normativa a que se refiere TESUR no implica de forma alguna que el Consejo Directivo del OSIPTEL no cuente con facultades para la emisión de un mandato de compartición en el presente caso. Como se ha podido demostrar, el Consejo Directivo ya cuenta con la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha que lo habilitan de manera expresa para emitir mandatos en materia de acceso y de uso de infraestructura compartida sin límite temporal.


De otro lado, AZTECA PERÚ señala que **sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica**. No puede compararse el desarrollo normativo de varios años de la interconexión con el reciente marco legal de la Red Dorsal.

Manifiesta que su situación se parece más a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Tanto en esos casos como en éste, **un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura**.

AZTECA PERÚ indica que la interconexión, si bien contempla a empresas de distinto tamaño (red pequeña busca interconectarse a otra más grande), es más “pareja” en cuanto se interconectan infraestructuras similares, redes de telecomunicaciones, y en

⁷³ Informe 0029-GPR.C/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 161

donde ambas empresas conocen las características técnicas y regulaciones propias de su sector. Mientras que, en este caso, estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.


Señalan que no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de información), negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de fibra óptica procuren negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

Manifiestan que no manejan dicha información y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la colaboración de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en sus primeras cartas solo plantearon a TESUR cómo considerábamos debía aplicarse la Metodología para • ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *“nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos”*. Señalan que es evidente que si AZTECA PERÚ tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. TESUR en ningún momento accedió a proveerles de dicha información, abusando de su posición dominante.

AZTECA PERÚ señala que si bien TESUR niega en su escrito que exista asimetría información, ha quedado claramente demostrado que, como empresa eléctrica, propietaria de sus torres y/o postes, es quien cuenta con la totalidad de información (características de sus torres y/o postes, reales costos por el mantenimiento y operación de la infraestructura). Así, AZTECA PERÚ es un operador de telecomunicaciones que no cuenta con información de una empresa distinta a la suya, y menos aún de una empresa de un giro totalmente diferente (sector eléctrico) y que, por su naturaleza, cuenta con infraestructura con características técnicas particulares.

Por lo expuesto, AZTECA PERÚ considera que en este caso se requiere mayor protección que en el caso de la interconexión. Por tanto, la diferencia normativa no solo es impertinente en este contexto, sino que más bien corresponde considerar lo inverso, que su situación merece mayor tutela que una vinculada a interconexión de redes de telecomunicaciones, por la diferente naturaleza de la relación que existe entre las empresas (mayor asimetría informativa), semejante a los casos de acceso a infraestructura de transporte e incluso de protección al consumidor.



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 161

E. SOBRE EL MERCADO REGULADO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA.

AZTECA PERÚ recuerda a TESUR que *“la regulación es la técnica de intervención del Estado en un sector económico, orientada a evitar distorsiones en los mercados y de manera específica a garantizar la libre competencia”*⁷⁴. En esa línea, *“la finalidad misma de la regulación es la de corregir los errores del mercado, principalmente mediante la promoción de la libre competencia, en un determinado sector de la actividad económica, para garantizar la protección de los usuarios de los servicios públicos”*.⁷⁵

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

Indican que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen los parámetros en los que deben pactarse las condiciones de las relaciones de compartición entre el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica, como por ejemplo la existencia de un precio máximo como retribución por el alquiler de torres o la posibilidad de solicitar la emisión de un mandato ante la falta de acuerdo, significa que este mercado se encuentra normado y las partes tienen la obligación de respetar las normas imperativas vigentes sobre la materia. Así, el OSIPTEL es el organismo regulador⁷⁶ que ejerce competencia sobre el acceso y uso compartido de infraestructura. Considera que no hay duda que estamos frente a un mercado regulado y resulta insólito que TESUR ponga en cuestionamiento este aspecto.

⁷⁴ Gil Botero, Enrique. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”, en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. D. 10.


⁷⁵ Pimiento Echeverri, Julián Andrés, “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 9, 2013, p. 23.

⁷⁶ Antonio Abruña Puyol. *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra. 2010. pp. 180-181.

“Los organismos reguladores aparecen configurados con “cierta autonomía relativa con respecto a una organización pública superior, corporativo o estrictamente institucional, de la que dependen y a la que sirven

Son manifestaciones del uso de la técnica de descentralización, pero encierran en sí un fenómeno complejo en el que con una base común, personalidad jurídica y cierta autonomía, los fines, medios, dependencias y sujeción al Derecho Público pueden ser muy diversos. Son creadas para gestionar una actividad propia de la Administración Pública de la que dependen, de ahí que se les denomine instrumentales”.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 70 de 161

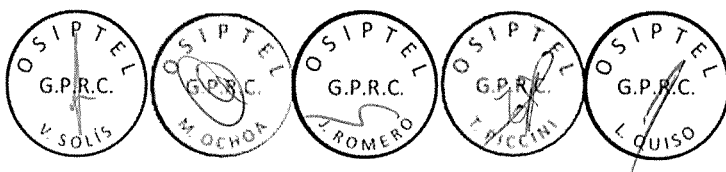
Manifiesta que particularmente, la regulación sobre las relaciones de compartición del uso de infraestructura tiene fundamento en la necesidad de garantizar la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de manera eficiente, sin que se incurran altos costos para los agentes económicos y la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


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 71 de 161
	INFORME	

F. SOBRE LOS PROBLEMAS COMERCIALES Y LAS FALLAS DE DISEÑO DEL PROYECTO DE LA RED DORSAL.

AZTECA PERÚ aclara que la existencia o no de problemas comerciales y fallas en el diseño regulatorio del proyecto de la Red Dorsal no constituyen materia de este procedimiento. En efecto, si es que los cambios en el mercado de las telecomunicaciones no permiten que se cumplan las condiciones previstas, dicha situación no tiene vinculación con que TESUR exige a AZTECA PERÚ el pago de una contraprestación que excede al menos tres veces el precio máximo previsto legalmente por el uso compartido de infraestructura. Por el contrario, como se ha desarrollado desde su solicitud de mandato, se encuentran en una situación en la que debe aplicarse una regulación obligatoria, vinculada al precio máximo en aplicación de la Metodología.


AZTECA PERÚ indica que con independencia de las fallas en el diseño de las concesiones u otros factores exógenos al proyecto de la Red Dorsal, TESUR se encuentra vulnerando el marco normativo vigente, bajo el cual se suscribió el Contrato de Compartición, pues la contraprestación por uso compartido de infraestructura ha sido calculada a través de la aplicación del valor erróneo del denominador “Na” y sin la actualización de los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología. Por este motivo es que AZTECA PERÚ, luego de advertir este hecho, buscó renegociar la retribución fijada inicialmente con TESUR, quien se negó a respetar lo dispuesto en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, por lo que se solicitó al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición ante la falta de acuerdo sobre la modificación de la contraprestación.

Considera evidente que TESUR está intentando confundir al Consejo Directivo respecto de cuál es el origen y motivo de la solicitud de mandato presentada por AZTECA PERÚ, desviando la atención a presuntos problemas en el diseño del proyecto de la Red Dorsal lo que es impertinente. En efecto, esta discusión no tiene cabida en este fuero. Claramente, TESUR busca justificar su conducta ilegal y seguir exigiendo una retribución superior máximo legal, alegando que AZTECA PERÚ solicita el mandato debido a supuestas pérdidas económicas que serían consecuencia de las fallas en el diseño normativo del proyecto. Sin embargo, nada exime que TESUR se encuentre realizando cobros excesivos por el uso compartido de su infraestructura.

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ manifiesta que si TESUR considera que está teniendo pérdidas económicas producto del mal diseño regulatorio, pues el Consejo Directivo puede imaginarse la forma en la que, incluso en este escenario, una empresa eléctrica pretende sacar ventaja y no cumplir con lo que se encuentra correctamente regulado, que es la existencia de un precio máximo por uso compartido de infraestructura para evitar, justamente, abusos de quienes tienen posición de dominio de las torres y/o postes.

Señalan que, los informes que el MTC y el OSIPTEL puedan haber emitido sobre las



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 161

fallas del proyecto Red Dorsal únicamente dan cuenta de los problemas en la forma en la que AZTECA PERÚ comercializa los servicios portadores a los operadores de telecomunicaciones, mas no guardan relación con que exista un error en la determinación del precio máximo que debe ser cobrado por el uso compartido de infraestructura. Por el contrario, constituiría una falla regulatoria que no se hubiese previsto una Metodología que determine a cuánto puede ascender la contraprestación que una empresa eléctrica puede exigir por uso de sus torres y/o postes; no obstante, se observa que si bien la normativa correctamente fijó un precio máximo, TESUR es quien no se encuentra respetando dicha disposición imperativa.

Por tanto, AZTECA PERÚ considera que a diferencia de lo equivocadamente afirmado por TESUR, la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición resulta excesivamente onerosa debido a que desde el inicio se aplicó erradamente la Metodología al asumir que el denominador “Na” tenía un valor igual a uno (1), cuando desde la emisión del Reglamento su valor fue igual a tres (3). En consecuencia, debe desestimarse toda la argumentación de TESUR referida a que la solicitud de mandato únicamente busca solucionar un problema regulatorio del proyecto de la Red Dorsal, pues como se ha evidenciado dichas alegaciones únicamente constituyen una distracción sobre el tema de fondo, bajo la cual TESUR pretende esconderse para que no se evalúe que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición contraviene el marco normativo vigente.

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

4.2.6.1 Respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ:


En sus comentarios al Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ señala que se encuentra de acuerdo con los fundamentos expuestos en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto de la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir un mandato que modifique la relación de compartición de infraestructura que mantiene dicho operador con TESUR, 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 cometarios.

4.2.6.2 Respecto de los comentarios de TESUR:

- **Sobre el arbitraje iniciado por TESUR:**

TESUR sostiene que el OSIPTEL no puede modificar la contraprestación pactada en el Contrato mediante la emisión de un mandato de compartición, por cuanto se encuentra prohibido de avocarse al conocimiento y trámite de una solicitud (presentada por AZTECA PERÚ) que tiene por objeto resolver un asunto que actualmente se encuentra sometido al conocimiento exclusivo de un órgano jurisdiccional y solo puede ser dilucidado por éste. Precisa TESUR que incluso en la negada hipótesis de que los cuestionamientos que formula AZTECA PERÚ a la



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 73 de 161

competencia del Tribunal Arbitral tuvieran algún asidero, el único órgano llamado a evaluarlos y resolverlos es el propio Tribunal Arbitral.

Respecto de lo señalado por TESUR, se reitera lo indicado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto de que la modificación de una condición contractual que rige una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 (luego de transcurrido el plazo previsto en el artículo 25.3 del Reglamento de la citada Ley y, se precisa, a solicitud de parte), es atribución legal y competencia exclusiva del OSIPTEL. Se reitera además que cualquier acto del OSIPTEL en el presente procedimiento que implique la abstención en el ejercicio de la referida atribución, sería nulo conforme lo establece el artículo 72.1 del TUO de la LPAG⁷⁷.

De otro lado, TESUR señala que las normas previstas en los artículos 139 de la Constitución y 41 del Decreto Legislativo N° 1071, prohíben de manera expresa que el OSIPTEL se avoque a este procedimiento que tiene por objeto solucionar una controversia que ya se encuentra sometida a un órgano jurisdiccional. Al respecto, se debe lo siguiente:

- (i) La función que el OSIPTEL ejerce a través de su Consejo Directivo en el presente procedimiento, es una función normativa conferida por las leyes N° 27332 y N° 29904, en una intervención regulatoria subsidiaria ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de una de éstas, siendo la finalidad de dicha intervención velar por el cumplimiento de la Ley N° 29904 y sus objetivos de naturaleza pública e interés nacional⁷⁸.

La referida función normativa del OSIPTEL es ejercida en virtud de las facultades que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo –y no a ningún otro órgano de la estructura del Estado, incluidos los que ejercen función jurisdiccional- para dirigir los servicios públicos⁷⁹ y ejercer las funciones encomendadas a través de ley orgánica, con la finalidad de ejercer, en su condición de Organismo Regulador, la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.⁸⁰

- (ii) Existiendo el referido marco constitucional y legal, el OSIPTEL debe evaluar con suma cautela cualquier solicitud para que no ejerza su función normativa y no emita un mandato en un caso concreto que corresponde a una materia regulada bajo el marco de la Ley N° 29904 (v.g. compartición de infraestructura eléctrica


⁷⁷ “Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa
72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.”

⁷⁸Cfr. con los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 29904.

⁷⁹ Cfr. con el artículo 119 de la Constitución Política del Perú.

⁸⁰ Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 161

para redes de Banda Ancha⁸¹), de la que también resulta manifiesto que el Congreso de la República ha encomendado al OSIPTEL –y no a ningún otro órgano- velar por su cumplimiento y dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar dicho cumplimiento⁸².

En ese sentido, se reitera lo indicado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto a que para el OSIPTEL, resulta claro que en el presente procedimiento se ejerce una función normativa propia del Poder Ejecutivo y que dentro de éste le corresponde al OSIPTEL, determinar las condiciones (v.g. el precio máximo) en las que un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) puede tener el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de un concesionario eléctrico (v.g. TESUR), en una relación de compartición de infraestructura concreta que se sujeta a la Ley N° 29904.

- (iii) El marco jurídico antes mencionado ratifica que la materia que es objeto del presente procedimiento no precisa ser esclarecida por un órgano jurisdiccional de manera previa a la emisión del pronunciamiento que en este procedimiento corresponde emitir al OSIPTEL. Por consiguiente, no resulta necesario en este caso solicitar a un órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas en su fuero, por cuanto de acuerdo al artículo 73, numeral 73.1, del TUO de la LPAG, dicha solicitud se cursa cuando exista un litigio entre dos administrados que *“precise ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo”*.

Cabe reiterar además lo indicado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto a que el artículo 139 de la Constitución –citado por TESUR- corresponde a la función jurisdiccional y ésta es distinta de la función normativa con la que cuenta este Organismo Regulador. Sin embargo, como se indicó también en el Informe antes referido, si en ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad respectiva considera que es conforme a Derecho dictar una orden para que el OSIPTEL no ejerza su atribución legal en el presente procedimiento, corresponderá acatar dicha orden en tanto ésta surta efectos, conforme lo establece el artículo 72, numeral 72.1, del TUO de la LPAG.


- (iv) Respecto del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 –citado por TESUR-, se debe señalar que esta norma establece que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. En estricto cumplimiento de esta norma, ni en el Informe N° 00220-GPRC/2017 ni en el presente informe se emite opinión alguna sobre la actividad que realizará el tribunal arbitral de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento por TESUR.

En modo distinto, en el Informe N° 00220-GPRC/2017 y en el presente, se sustentan los fundamentos legales de la actuación que debe desarrollar el

⁸¹ Cfr. con los artículos 3(ii) y 13 de la Ley N° 29904.

⁸² Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 75 de 161

OSIPTEL en el presente procedimiento, como resultado de haber recibido la solicitud de un operador de telecomunicaciones (v.g. AZTECA PERÚ) respecto de una materia que el marco legal en vigor determina que es competencia exclusiva de este Organismo Regulador, como es el caso de la modificación de las condiciones económicas de una relación de compartición de infraestructura eléctrica para redes de Banda Ancha sujeta a la regulación de la Ley N° 29904.

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

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


Al respecto, se enfatiza que la emisión de mandatos de compartición sustituye la voluntad de las partes en una intervención subsidiaria del OSIPTEL cuando las partes no han llegado a acuerdo luego del período de negociación respectivo. En ese sentido, la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 en el presente procedimiento es estricta respecto de su texto, por cuanto en éste se menciona la inexistencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición.

Se reitera lo sustentado en el Informe N° 00220-GPRC/2017 respecto a que “contrato” es un concepto que tiene una definición legal y significa exactamente lo que la ley define⁸³, esto es, el “*acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*” En el caso materia de análisis no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales. Dicha lectura, además de inconsistente con el concepto legal de “contrato”, sería inconsistente con la finalidad de la Ley N° 29904, que tutela el “acceso y el uso” de la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de “Banda Ancha” y ésta es, según el artículo 4 de la referida Ley la conectividad de datos principalmente a Internet que, entre otras características, debe ser *permanente* y permitir al usuario estar *siempre en línea*.

Ello únicamente será viable si las relaciones de compartición de infraestructura establecidas para hacer posible la provisión de Banda Ancha, son sostenibles en el tiempo. Dicha sostenibilidad puede requerir que las referidas relaciones, en el tiempo,

⁸³ Cfr. con el artículo 1351 del Código Civil.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 76 de 161

sean reguladas, modificadas o incluso extinguidas, en acuerdos posteriores al que determinó su creación.

Por consiguiente, 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.

En ese sentido, es incorrecto e inconsistente con la necesidad pública e interés nacional declarados por la Ley N° 29904, señalar –como lo hace TESUR– que *“la finalidad del acceso y uso de infraestructura de uso público regulada en la Ley RDNFO, no es otra que facilitar el despliegue de la RDNFO y no su posterior regulación”* (el subrayado es agregado). Esa lectura no tiene cabida en la literalidad ni finalidad de la Ley N° 29904, cuando la propia ley establece regulación específica sobre la compartición de infraestructura eléctrica en su artículo 13 y determina aspectos que deben ser definidos en su Reglamento, encargando la propia ley al OSIPTEL⁸⁴ la función de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento de la referida compartición.


Adicionalmente, es oportuno aclarar que la intervención subsidiaria del OSIPTEL en la vía del mandato respecto de la creación, modificación, regulación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, corresponde tanto si la solicita AZTECA PERÚ como si la solicitase cualquier otro operador de telecomunicaciones que participe en una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904. En particular, 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.

De otro lado, se debe precisar que en el presente caso el OSIPTEL no ejerce facultades de agencia de competencia⁸⁵. Este Organismo Regulador tiene claridad sobre lo que ello significa, siendo incorrecta la supuesta confusión de facultades a la que alude TESUR. En el presente caso, la intervención subsidiaria en la vía de mandato ante la falta de acuerdo entre las partes de una relación de compartición de infraestructura y a solicitud del operador de telecomunicaciones, se realiza en el ejercicio de las funciones y facultades legales desarrolladas extensamente en párrafos precedentes.

⁸⁴ Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

⁸⁵ Cfr. con el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1034, con el artículo 36 de la Ley N° 27336, entre otras disposiciones legales.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 77 de 161

Por otra parte, el entendimiento de TESUR respecto a que la Ley N° 29904 y su Reglamento no contienen disposiciones que establezcan la obligación de las empresas de adecuar sus relaciones contractuales a cambios normativos posteriores, es también incorrecto. El referido entendimiento desconoce, entre otros, el concepto regulatorio de “precio máximo”, que se establece expresamente en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. El referido entendimiento de TESUR implicaría que la Ley N° 29904 y su Reglamento la habilitan a cobrar precios por encima del máximo regulado aun cuando cambie el nivel del referido precio, con lo cual no hace sino modificar un régimen legal de precios regulados a uno sin regulación de precios, lo que no resiste mayor análisis.

TESUR asimismo hace referencia a las normas que regulan la interconexión de los servicios y redes de telecomunicaciones, indicando que en este régimen existe un marco legal que habilita expresamente al OSIPTEL a modificar contratos de interconexión a través de mandatos cuando el operador se niega a adecuarse, lo que no existe en la Ley N° 29904 ni su Reglamento. Al respecto, se debe aclarar que la interconexión cuenta con una regulación propia, como también la tiene la compartición de infraestructura para el despliegue de redes de banda ancha. Siendo dos materias distintas, en ambos casos el Congreso de la República ha habilitado la intervención del regulador para asegurar el cumplimiento de los fines de interés público de ambas materias necesarias para el desarrollo del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al marco normativo aplicable. Cabe reiterar que la intervención del OSIPTEL en la vía de mandato en materia de compartición de infraestructura, se sustenta en la base legal referida en párrafos precedentes.

- ***Sobre la supuesta motivación que tendría el OSIPTEL al modificar la relación de compartición de infraestructura entre TESUR y AZTECA PERÚ.***


TESUR sostiene que el sustento del OSIPTEL para avocarse a este procedimiento revela que motivación detrás del Proyecto de Mandato es solucionar un problema comercial de la RDNFO y un mal diseño regulatorio del régimen económico aprobado inicialmente para el acceso y uso de la infraestructura. Agrega que si existe un “riesgo inminente de viabilidad económica de la RDNFO” como lo señala AZTECA PERÚ éste obedece a un diseño equivocado e inflexible de este proyecto, como lo ha reconocido el OSIPTEL en su Informe N° 198-GPRC/2017.

Al respecto, corresponde enfatizar que lo indicado por TESUR es incorrecto. En primer lugar, se debe recordar que 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 éstas participe un Operador Dorsal (como AZTECA PERÚ) o cualquier otro operador de telecomunicaciones.

Se enfatiza por ende que los potenciales beneficiarios del régimen promotor del desarrollo de la Banda Ancha dispuesto por la Ley N° 29904, 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. En efecto, la definición de Operador de Telecomunicaciones⁸⁶

⁸⁶ Cfr. con el artículo 3.1 del Reglamento de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 161

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.

Consecuentemente, el argumento de TESUR respecto a que la supuesta motivación del OSIPTTEL en el presente procedimiento sería resolver el problema comercial de rentabilidad de la RDNFO ocasionado por la competencia que enfrenta de parte de operadores privados; es un argumento inconsistente con el hecho de que cualquier competidor de AZTECA PERÚ que haya celebrado un contrato de compartición de infraestructura para desplegar sus redes de Banda Ancha en el marco de la Ley N° 29904, también tiene derecho a pagar el precio máximo dispuesto para este régimen legal.

Asimismo, 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 determinada relación de compartición de infraestructura eléctrica, con estricta sujeción a la normativa aplicable.


Por otra parte, en relación a las consideraciones del diseño regulatorio del proyecto RDNFO expresadas por TESUR, se debe señalar que no es objeto del presente procedimiento analizar la operación de la RDNFO y su grado de utilización por los operadores de telecomunicaciones. Conforme lo ha advertido TESUR, dicha problemática ha sido analizada por el OSIPTTEL en el Informe N° 198-GPRC/2017, respecto del cual se adoptarán las medidas que correspondan conforme a las funciones de las entidades del Estado que ejercen funciones vinculadas a la referida problemática.

Asimismo, es oportuno mencionar que los costos en los que incurre AZTECA PERÚ para operar la RDNFO -entre ellos los de compartición de infraestructura eléctrica-, no alteran el importe de los pagos de las retribuciones que el Estado Peruano efectúa en su favor por la inversión (RPI) y la operación y mantenimiento (RPMO) de la referida red. Ello, por cuanto los referidos importes han sido determinados en el propio concurso a través del cual dicho operador fue seleccionado y se mantienen inalterables según las reglas del respectivo contrato de concesión.

En ese sentido, los efectos del mandato que se emita en el presente procedimiento son exógenos a la problemática comercial de la RDNFO analizados en el precitado Informe N° 198-GPRC/2017.

Adicionalmente, resulta oportuno añadir que el buen o mal diseño de cualquier proyecto de inversión pública o privada de Banda Ancha, no justifica la inaplicación de las reglas previstas legalmente para la compartición de infraestructura eléctrica por las referidas redes de Banda Ancha. En esa línea, los ingresos que pueda o no generar la RDNFO, no habilitan a que en la relación de compartición de infraestructura que es objeto de análisis



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 79 de 161

en el presente procedimiento se apliquen contraprestaciones inconsistentes con la regla económica de precio máximo dispuesta por la Ley N° 29904. 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, se debe aplicar la respectiva regla del artículo 13.4 (literal b) de la Ley N° 29904 y sus normas de desarrollo.

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 Ley N° 29904 permite 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.


- Sobre la falla de mercado y el interés público que justifica la intervención del Estado en la compartición de infraestructura eléctrica para el desarrollo de la Banda Ancha.

TESUR señala que en el Informe N° 00220-GPRC/2017 no se explica cuál es la supuesta falla de mercado que justificaría la intervención del OSIPTEL para modificar la contraprestación pactada en el Contrato.

Al respecto, se debe señalar que la identificación de fallas en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones en general y de Banda Ancha en particular ha sido efectuada por el Congreso de la República y, precisamente, como solución a dichas fallas es que a través de leyes especiales (v.g. Ley N° 28295 y N° 29904) ha dispuesto restringir las libertades de contratar y de estipulación de los titulares de la referida infraestructura, en favor de los usuarios y potenciales usuarios de dicha infraestructura mediante normas con rango de ley. En ese sentido, no es que en el presente procedimiento el OSIPTEL haya advertido una falla de mercado que no haya sido justificada en el Informe N° 00220-GPRC/2017.

Cabe indicar que la razonabilidad y proporcionalidad de las referidas decisiones legislativas se radican en el hecho de que la infraestructura eléctrica es una facilidad esencial para el desarrollo de redes de telecomunicaciones, que brinda a los titulares de dicha infraestructura información asimétrica y poder de negociación frente a los solicitantes de la infraestructura que, en ausencia de intervención regulatoria, puede llevar a soluciones ineficientes en el mercado. Por ello, el propio Congreso de la República ha dispuesto que en el mercado de compartición de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones, el Estado intervenga a través de un Organismo Regulador para asegurar el uso de la infraestructura eléctrica en condiciones de eficiencia como medio para promover la competencia y expansión en la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 161

De otro lado, TESUR sostiene que los mandatos son actos administrativos en los términos previstos en el artículo 1 del TUO de la LPAG y que en el proceso contencioso administrativo correspondiente al Expediente N° 2057-2007 el OSIPTEL consideró pacíficamente que el mandato era un acto administrativo. Al respecto, se debe reiterar que la Ley N° 27332 en su artículo 3.1, literal c), es absolutamente clara en establecer que los mandatos se emiten en ejercicio de una función normativa, tan igual como los reglamentos, las normas que regulan los procedimientos a cargo del Organismo Regulador, otras normas de carácter general u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

En ese sentido, no existe discusión para el OSIPTEL respecto a que el régimen jurídico de los mandatos está determinado por el citado artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332, y no por el artículo 1 del TUO de la LPAG que invoca TESUR. En ese contexto, la defensa de este Organismo en el proceso judicial del Expediente N° 2057-2007 citado por TESUR, no altera en modo alguno la calificación y naturaleza normativa que establece la Ley N° 27332 respecto de los mandatos.

TESUR sostiene además que la declaración de interés nacional de la Ley N° 29904 no es más que una decisión política del Estado Peruano de desarrollar una red de fibra óptica a lo largo del Perú y la necesidad de cumplir con los compromisos financieros asumidos por el Estado en la concesión de la RDNFO. Sin embargo, se reitera que la Ley N° 29904 es clara en promover el desarrollo de Banda Ancha tanto con inversión pública como privada, por cuanto ésta *“favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento”*⁸⁷. Todas esas finalidades, evidentemente, son de naturaleza pública y de interés general.


Se reitera que los artículos 3.ii) y 13 de la Ley N° 29904, que se refieren a la compartición de infraestructura eléctrica para las redes de Banda Ancha, no están restringidos sólo a la RDNFO o a proyectos de inversión pública; en modo distinto, aplican para el despliegue de cualquier red de Banda Ancha, incluidas las de titularidad privada.

TESUR sostiene que en el presente procedimiento se vulnera el Principio de Intangibilidad de los contratos, por el cual los contratos permanecen inalterables hasta que las partes convengan lo contrario, salvo determinadas excepciones dispuestas por normas imperativas y de rango constitucional y/o legal. Al respecto, es necesario reiterar 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).

⁸⁷ Cfr. con el artículo 1 de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 81 de 161
	INFORME	

- 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, 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 caso de falta de acuerdo entre el operador de telecomunicaciones y el concesionario eléctrico respecto del requerimiento de acceso y uso de infraestructura, luego de transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles, el operador de telecomunicaciones puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición (artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904).

En ese sentido, los contratos de compartición de infraestructura se sujetan a un régimen legal especial que determina el modo en que debe aplicarse el Principio de Intangibilidad de los contratos en materia de compartición de infraestructura eléctrica para las redes de Banda Ancha. Por decisión legislativa, se ha ponderado dicho principio con otros fines constitucionales como la promoción de la competencia en los mercados de telecomunicaciones, el acceso a los servicios públicos y el desarrollo de infraestructura.

En esa misma línea, respecto del principio de Seguridad Jurídica –invocado también por TESUR-, se debe señalar que habiendo existido el referido marco normativo antes de manera previa a la celebración del Contrato, resulta predecible la conducta que ejercería el Estado a través del OSIPTEL en el presente procedimiento, en caso recibiera una solicitud de intervención subsidiaria en vía de mandato, ante falta de acuerdo respecto de una solicitud para modificar la contraprestación acordada por las partes.


4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 05.10.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295⁸⁸, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los

⁸⁸ "Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable: Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir **una contraprestación razonable** por el uso de la infraestructura de uso público. (...)". (Énfasis agregado).



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 161

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

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

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

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

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

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

(...)

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


(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

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

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por este concepto debe ser orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- (ii) La contraprestación mensual, la cual debe ser determinada en concordancia con la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento.

Señala AZTECA PERÚ que con la regulación de las contraprestaciones por la adecuación de la infraestructura, por el acceso a ésta y por su uso compartido, el Estado busca que los concesionarios de servicios de energía eléctrica y de hidrocarburos, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 83 de 161
	INFORME	

controladores de la infraestructura existente de red, no abusen de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios que tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de "*poder o peso significativo en el mercado*" se les pueda imponer, entre otras, "*medidas de control de precios, con posible orientación a costes de determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios*".⁸⁹


Precisa AZTECA PERÚ que en el caso de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el Estado peruano ha impuesto la obligación de acceso y uso compartido de infraestructura a las empresas de energía eléctrica y de hidrocarburos (empresas con poder significativo de mercado por controlar una instalación esencial), con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes mediante las cuales se brindan servicios de Banda Ancha, en general, y para la Red Dorsal, en particular; siendo que ese objetivo se pierde si el titular de la infraestructura impone cobros excesivos. AZTECA PERÚ indica que la exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, en la práctica impediría el acceso y continuidad en el uso, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la prestación de un servicio público prioritario y esencial para todos los peruanos.

AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro de los conceptos arriba mencionados (una contraprestación inicial y contraprestaciones mensuales que no superen el resultado de la fórmula prevista en el Reglamento).

Indica AZTECA PERÚ que lo anterior ha sido confirmado por el Viceministro de Comunicaciones mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, a la cual está asociada TESUR (en adelante, el "Oficio No. 520-2017-MTC/03"). En éste claramente

⁸⁹ Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2004. p. 810-811.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 161

se señala que la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura que resulta de la correcta aplicación de la Metodología debe ser considerada un precio máximo.

Por otro lado, indica AZTECA PERÚ que no debe perderse de vista que estamos ante un proyecto declarado por Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, cuya caracterización justifica que el Estado peruano no solo ordene que se provea a AZTECA PERÚ del acceso a las redes de los concesionarios de energía eléctrica y de hidrocarburos, sino que también disponga la continuidad en el uso compartido de dicha infraestructura, garantizando que se realice bajo condiciones que no perjudiquen el despliegue y operación de la Red Dorsal.

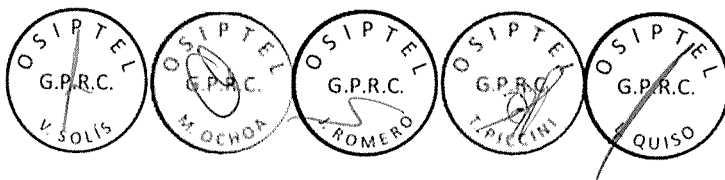
Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen incluso otro tipo de efectos favorables, como la reducción del impacto ambiental, sin tener un nuevo operador que duplicar innecesariamente infraestructura, pudiendo emplear la infraestructura existente abonando una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable para el titular de la infraestructura.


AZTECA PERÚ indica que ello responde al principio de libre acceso, aplicado en aquellos servicios esenciales cuya prestación se desarrolla a partir de una infraestructura de red (como las redes de telecomunicaciones), cuyo establecimiento, mantenimiento y desarrollo requiere de importantes inversiones de capital, siendo que, en virtud de este principio, para esta clase de servicios se debe permitir el acceso a otras redes en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables⁹⁰.

Indica AZTECA PERÚ que toda regulación de acceso obligatorio, en efecto, busca que las empresas titulares de la infraestructura no se vean perjudicadas con ello, por lo que en la regulación se les garantiza la cobertura de sus costos incrementales y un margen de utilidad razonable. Sin embargo, lo anterior tampoco significa que la regulación indicada permita que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, pues así el régimen de acceso se desvirtúa y vacía de contenido. Es decir, la contraprestación de modo alguno debiera implicar una subvención a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

AZTECA PERÚ agrega que específicamente, la contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico. Por dicha razón, indica AZTECA PERÚ, cuando alguna

⁹⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 85 de 161

disposición contractual fije una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo deviene en inexigible.

Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que TESUR viene haciendo caso omiso de las disposiciones vigentes en la materia y sigue exigiendo el pago de un monto que excede a todas luces el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Ello, a decir de AZTECA PERÚ, como es evidente, no encuentra sustento en la normativa que regula el uso de la infraestructura eléctrica, sino que, por el contrario, la contradice directamente.

AZTECA PERÚ indica que cuando TESUR exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Compartición y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica⁹¹. Ello, señala AZTECA PERÚ, toda vez que busca desconocer el marco normativo bajo el cual fue suscrito el acuerdo y exigir, en atención a una cláusula contractual, una contraprestación mayor a la permitida legalmente.


Indica AZTECA PERÚ que TESUR es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición⁹², el marco legal que promovió la celebración de dicho acuerdo establecía la obligatoriedad de observar la Metodología en la determinación de la contraprestación, pues el resultado de su aplicación fijaría el precio máximo exigible por uso de infraestructura eléctrica. Inclusive, el referido marco normativo es claro en establecer que la Metodología debía y debe ser aplicada en función a los criterios y parámetros que dicte OSIPTTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), TESUR emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo

⁹¹ La infraestructura de TESUR resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de TESUR, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponernos tales montos excesivos que claramente no respetan el precio máximo que arroja la aplicación correcta de la Metodología, no encontrándose AZTECA en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por TESUR, considerando (i) los cortos plazos que tenía para culminar la implementación y despliegue de la Red Dorsal, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, así como (ii) la asimetría informativa que existía respecto a los costos y valores involucrados en dicha compartición.

⁹² TESUR pretende que el Contrato de Compartición se rija sólo por las normas del código civil cuando es evidente que estamos ante una situación de asimetría que afecta a un servicio público. Así pues, no se puede pretender desconocer que hay una regulación que precisamente entra a tallar cuando no es posible que el mercado (oferta y demanda) por sí mismo llegue a términos eficientes respecto a sus relaciones jurídicas. Estamos ante un claro caso de asimetría en el poder de negociación y por ello no cabe pretender que AZTECA y TESUR negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 86 de 161

vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.

AZTECA PERÚ precisa que, si bien la responsabilidad de AZTECA PERÚ es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de TESUR observar que el monto consignado en la factura y, por ende, cobrado a AZTECA PERÚ, no supere el precio máximo que se deriva de la aplicación de la fórmula descrita en el Anexo 1 del Reglamento, a efectos de que pueda cumplir con la normativa vigente.

Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Anexo 5 del Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente en la fecha de firma del contrato, no correspondía ser aplicada. Es decir, menciona AZTECA PERÚ, el valor de la retribución se mantendría relativamente fijo (excepto por las variaciones en el IPC) en tanto no excediera el tope máximo regulatorio, conforme éste variara en el tiempo.

Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a TESUR incorporar aquellas referencias en la cláusula quinta y en el Anexo 5 el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de TESUR y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.


De otro lado, AZTECA PERÚ reitera que no ha logrado llegar a un acuerdo con TESUR respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador "Na" (Número de Arrendatarios) y a las variables "f" y "m" previstos en la Metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.

El denominador "Na":

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

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 87 de 161
	INFORME	

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

AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos⁹³, señalando lo siguiente:

"Como se observa, si bien la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, no indica textualmente que deba considerarse como valor del "Na", el número máximo de arrendatarios, tampoco señala que deba considerarse el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado, por lo que se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula con el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295⁹⁴, señalado

⁹³ Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de Compartición modificando las retribuciones pactadas en un contrato de compartición previamente celebrado, a efectos que dichas retribuciones respeten el precio tope resultante de la correcta aplicación de la Metodología.

⁹⁴ "Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.
2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.
3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.


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

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

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes **principios económicos**, que regirán la determinación de la contraprestación:

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.
2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.
3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.
4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.
5. **Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.**



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 88 de 161

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

De ese modo, indica que la propia definición del denominador "Na" ha sido desarrollada por OSIPTEL señalando que es "equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad"⁹⁵.

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


Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del "Na" que TESUR debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es ése el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios

6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos." (énfasis y subrayado agregados) [Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC].

⁹⁵ Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD Inf053-GPRC-2017.pdf>; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD Inf150-GPRC-2017.pdf>; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD Inf029-GPRC-2017.pdf>; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf; página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 89 de 161

modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio⁹⁶ y de peso⁹⁷, el MTC (en concordancia con los pronunciamientos de la autoridad intérprete competente - OSIPTEL) ha estimado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general para que cuando menos tres (3) cables de fibra óptica sean los que puedan colgarse de aquella, por lo que tres (3) sería el número mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3), en función a la capacidad nominal de dicha infraestructura, sobre la base de las distancias mínimas de seguridad reguladas por la normatividad eléctrica.

"Debe de hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios"⁹⁸ (énfasis agregado)

"Finalmente, para determinar la variable "f", se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión (...)

*Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores."⁹⁹
(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)*

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295¹⁰⁰, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones recientemente buscó despejar las dudas que pudiera existir respecto a lo anterior e informó a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (y por ende a TESUR) que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios

⁹⁶ El **criterio por espacio** "determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 7]. Es decir, determina cuál es el espacio que teóricamente ocuparía cada arrendatario en la infraestructura eléctrica.


⁹⁷ El **criterio por peso** "determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)" [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.

⁹⁸ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ Ver Nota al Pie No. 20.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 90 de 161

efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad¹⁰¹.

AZTECA PERÚ señala que de acuerdo con lo anterior, el valor que corresponde a "Na" siempre debió ser considerado como el número potencial de arrendatarios de la infraestructura eléctrica; esto es, un valor igual o mayor a tres (3), lo que no ha estado siendo tomado en consideración por TESUR cuando nos factura la contraprestación.

Considera AZTECA PERÚ que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na", claramente definido por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso, deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

*"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) **Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos**, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*


*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, **la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.**" (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)*

AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado constitucional de derecho, *"busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"*¹⁰² (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la

¹⁰¹ AZTECA considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología TESUR es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 **queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal**, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA usaba, TESUR ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional. Ahora bien, en razón al presente procedimiento, corresponde a OSIPTEL confirmar si el denominador "Na" debe ser tres (3) en todos los casos, como lo menciona el MTC, o si, como postula AZTECA, en función a los criterios de distancia y de peso que anteriormente ha establecido OSIPTEL, es posible que las infraestructuras eléctricas de TESUR tengan capacidad de alojar a más de tres (3) cables de fibra óptica, y por lo mismo, el denominador "Na" debe ser mayor de tres (3).

¹⁰² Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 91 de 161
	INFORME	

naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

"El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ. 5). Este principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal."¹⁰³
(el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)

Las variables "f" y "m":

AZTECA PERÚ señala que el Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores "f" y "m" podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación:

"Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones."


Señala AZTECA PERÚ que de esa manera, su variación en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación, sino que, por lo contrario, deben ser integradas a las relaciones contractuales que hayan celebrado los operadores de telecomunicaciones con los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos.

AZTECA PERÚ indica que bajo dicha asunción, el 5 de agosto de 2017, mediante la publicación de la Resolución Viceministerial, se modificaron efectivamente los valores de las variables "f" y "m" para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión.

Menciona AZTECA PERÚ que de acuerdo al quinto considerando de la Resolución Viceministerial, dicha modificación obedeció a que el MTC observó que la aplicación

¹⁰³ Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 92 de 161

de la metodología original a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión resultaba en valores de la contraprestación mensual por encima de los precios promedio del mercado. Así pues, la modificación de los valores e las variables "m" y "f" ha tenido como fin que *"la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado"*.

En consecuencia, señala AZTECA PERÚ que para el cálculo de la Metodología y, con ello, que se determine el precio máximo que puede ser cobrado por el uso de infraestructura eléctrica, TESUR se encuentra obligada a aplicar los nuevos valores de los factores "f" y "m", en tanto constituyen parte integrante de la normativa que se encontró vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.

AZTECA PERÚ precisa que, sin embargo, pese a que los nuevos valores "f" y "m" de la Metodología han sido señalados expresamente en la Resolución Viceministerial, TESUR tampoco se ha mostrado de acuerdo con respetar la modificación normativa para determinar el precio máximo que podría ser facturado a AZTECA PERÚ.

Indica AZTECA PERÚ que su negativa es especialmente gravosa si se considera las implicancias de las falencias reconocidas por el MTC en la página 9 del Informe N° 292-2017-MTC/26, respecto a la determinación del valor de estas variables en el año 2013, con motivo de la aprobación del Reglamento:

"Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables "f" y "m" se hizo en base a una fuente de información reducida. Así, para el criterio de pesos de la variable "f" se tomó arbitrariamente un tipo particular de fibra óptica y conductor. Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.


Por otra parte, para la determinación de la variable "m" se consideró el valor máximo asociado a sólo un tipo de poste de baja tensión, discriminando una gran variedad de tipos de postes y/o líneas de transmisión. Además, no se consideraron las líneas de Alta tensión."

La modificación de los factores "f" y "m" y la correcta aplicación del valor de "Na" forman parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Compartición:

AZTECA PERÚ indica que corresponde precisar que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos de OSIPTEL y del MTC, con relación a los factores "f" y "m" y a la correcta aplicación del valor de "Na", respectivamente; constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ En ese sentido, indican que no se encuentran frente a un supuesto en el que se vulnera lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dado que de modo alguno se está alegando que las modificaciones legislativas en el tiempo se encuentren alterando las cláusulas pactadas en un contrato. Por el contrario, se trata de una observación fiel a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, en



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 93 de 161

Por ello, señala AZTECA PERÚ que en aplicación inmediata y directa de la normativa vigente, si la contraprestación pactada en un contrato continúa siendo menor al precio tope regulatorio, dicho monto podrá continuar siendo cobrado; sin embargo, si el monto acordado es mayor al precio tope regulatorio, únicamente podrá exigirse el pago de ese último.

AZTECA PERÚ menciona que, en efecto, en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Compartición, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definiese en su aplicación OSIPTEL; la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos de OSIPTEL implican un recálculo automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y TESUR.

Concluye AZTECA PERÚ que en atención a lo señalado, solicitan que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuáles son los valores que TESUR y AZTECA PERÚ deben considerar para efectos de las variables “f” y “m”, así como el denominador “Na”, para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por TESUR y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de TESUR, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

4.3.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 24.11.2017):


4.3.2.1 La modificación del valor de las variables “f” y “m” de la fórmula debe integrarse a la nueva contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica.

AZTECA PERÚ señala que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo la cuales fue suscrito el contrato que vincula a TESUR y AZTECA PERÚ. Precisan que, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas¹⁰⁵ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operación de la Red Dorsal, entre ellas, la existencia de una contraprestación máxima regulada y la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean

tanto AZTECA PERÚ busca que TESUR observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.

¹⁰⁵ Al respecto, “desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción” [ESCOBAR ROZAS, Fredy y Guillermo CABIESES CROVETTO. “La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad”. En: *Ius Et Veritas*. N.º, 2013, p. 121]



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 94 de 161

modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial¹⁰⁶, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, TESUR conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones.

AZTECA PERÚ manifiesta que lo planteado respecto a la modificación de la contraprestación originalmente pactada de modo que se integren los nuevos valores de las variables “f” y “m” dispuesto por la Resolución Viceministerial, en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación. AZTECA PERÚ no está solicitando al Consejo Directivo que interprete o declare la nulidad de lo dispuesto en el Contrato de Compartición (porque éste no es el fuero competente), sino que proceda a emitir un mandato que modifique las condiciones económicas que inicialmente fueron establecidas (en base a un cálculo erróneo), tal como se lo planteó inicialmente a TESUR.

En atención a lo anterior, AZTECA PERÚ indica que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado, conforme a la Metodología, el Consejo Directivo deberá aplicar los valores de los factores “f” y “m” dispuestos en la Resolución Viceministerial y también deberá incluir en su mandato una disposición que sea clara en señalar que el valor de la contraprestación, en tanto coincida con el precio máximo regulado, podrá reducirse en el tiempo si es que la autoridad competente dispone nuevamente la modificación de dichas variables u otras.


4.3.2.2 Sobre el valor del factor “Na” de la metodología.

AZTECA PERÚ indica que con independencia de la capacidad de la infraestructura eléctrica para soportar un número determinado de cables o el número de arrendatarios con los que cuente, el valor del factor “Na” siempre fue considerado en la Metodología con un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento. Por ello, en el presente caso, AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se aplique un nuevo valor al factor “Na”, sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contra prestación por el uso de la infraestructura eléctrica de TESUR.

Asimismo, indica que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el “MTC”) estableció que el referido costo incremental se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una relación entre las variables “f” (peso adicional de cables de los arrendatarios) y “Na” (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el

¹⁰⁶ El Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores “f” y “m” podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación: “Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 95 de 161

peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.

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

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

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


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

El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC. el “Reglamento”), se consideró que el valor de f correspondía a un acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y Na también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de $f = 4.3\%$ considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.”¹⁰⁷ (énfasis y subrayado agregados).

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

¹⁰⁷ Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 96 de 161

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

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

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

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

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


Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es 18.3%, y por tanto la remuneración por el acceso y uso de cada apoyo es igual a $f/N_a = 18.3\%/3=6.1\%$.¹⁰⁸ (Énfasis y subrayado agregados)

AZTECA PERÚ señala que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017¹⁰⁹, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que la única manera de

¹⁰⁸ Ver Informe económico, p. 7.

¹⁰⁹ https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metodología_M_y_F.pdf (revisado el 20 de noviembre de 2017)



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 97 de 161

ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3) para los postes de media y alta tensión.

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

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


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

La manera más expedita de la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 la remuneración mensual (RM) que actualmente se viene pagando, debido a que se había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes ($=\$152.0/3$).¹¹⁰

AZTECA PERÚ manifiesta que, la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima

¹¹⁰ Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 98 de 161

permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

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

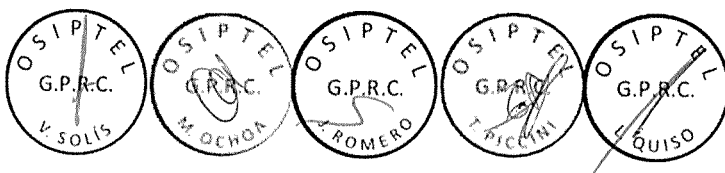
Señala que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas).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


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

Señala también que se debe tener en cuenta que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste permitirá una reducción de tarifas que beneficiará a incrementar la penetración de la banda ancha en zonas de preferente interés nacional del país.

“La reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión también beneficiará directamente a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a que se reducirán costos en sus estructuras de producción, coadyuvando de esta manera a alcanzar los objetivos del Estado peruano tendientes a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país; uno de los principales objetivos que justamente buscó el Estado peruano alcanzar a partir de la promulgación de la Ley No. 29904 y su Reglamento. El efecto de la disminución de tarifas de apoyos generará una caída en el costo marginal de la industria, lo cual se traducirá en aumentar el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida).

(...)



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 99 de 161
	INFORME	

El efecto de la calda en el costo marginal -a consecuencia de la reducción de remuneraciones de arrendamiento de apoyos- es que aumenta el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), equivalente a la suma de las áreas sombreadas en color amarillo (B+C+D+E), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida)”¹¹¹

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

“Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile”¹¹²

“La presencia de remuneraciones excesivas de postes y torres de alta y media tensión fijadas por las empresas privadas eléctricas, es decir remuneraciones muy por encima de aquellas competitivas existentes en otros países (basadas en costos incrementales más un margen de utilidad razonable), refleja un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.”¹¹³

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


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

¹¹¹ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

¹¹² Ver Informe económico, p. 4.

¹¹³ Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 100 de 161

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


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

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

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

En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 101 de 161
	INFORME	

operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable. Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

4.3.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual)

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

De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicaciones por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin




compartición). Así, cada cable que se instala en la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobrecosto del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

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

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre TESUR y AZTECA PERÚ no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), aun considerando el costo incremental total por el acceso de tres arrendatarios, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:

Nº	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017"	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Monto pagado por 03 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Monto pagado por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	TA220SIR2D2C2726S-6	31,04	152,00
2	TA220SIR2D2C2726S-3	35,51	152,00
3	TA220SIR2D2C2726S±0	39,95	152,00
4	TA220SIR2D2C2726S+3	44,34	152,00
5	TA220SIR2D2C2726S+6	48,74	152,00
6	TA220SIR2D2C2726A-3	54,64	152,00
7	TA220SIR2D2C2726A±0	60,64	152,00
8	TA220SIR2D2C2726A+3	66,65	152,00
9	TA220SIR2D2C2726B-3	73,73	152,00
10	TA220SIR2D2C2726B±0	82,11	152,00
11	TA220SIR2D2C2726B+3	91,96	152,00
12	TA220SIR2D2C2726R-3	94,94	152,00
13	TA220SIR2D2C2726R±0	105,84	152,00
14	TA220SIR2D2C2726R+3	116,74	152,00
15	TA220SIR2D2C2726FS-6	41,53	152,00
16	TA220SIR2D2C2726FS-3	47,52	152,00
17	TA220SIR2D2C2726FS±0	53,45	152,00
18	TA220SIR2D2C2726FS+3	59,33	152,00



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 103 de 161
	INFORME	

19	TA220SIR2D2C2726FS+6	65,21	152,00
20	TA220SIR2D2C2726FA-3	73,11	152,00
21	TA220SIR2D2C2726FA±0	81,14	152,00
22	TA220SIR2D2C2726FA+3	89,18	152,00
23	TA220SIR2D2C2726FB-3	98,66	152,00
24	TA220SIR2D2C2726FB±0	109,87	152,00
25	TA220SIR2D2C2726FB+3	123,05	152,00
26	TA220SIR2D2C2726FR-3	127,03	152,00
27	TA220SIR2D2C2726FR±0	141,62	152,00
28	TA220SIR2D2C2726FR+3	156,21	152,00

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están muy por debajo de los precios acordados en el Contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

Fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual

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

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

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

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

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

$$B = 1 / Na$$

Donde *Na:* número de arrendatarios

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

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

$$OMc = f \times OMs$$



f: **20% para baja tensión y 18,3% para media y alta tensión.**

OMs: **Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:**

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

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

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

Donde:

TP : **Costo de las torres o postes regulados del sector energía.**

m : **77% para baja tensión y 84,3% para media y alta tensión.**

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

l : **7,2% para baja tensión.**

h : **13,4% para media o alta tensión.**


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

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

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

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
f = 20% (para baja, media y alta tensión)	f = 20% (para baja tensión)



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 105 de 161

	$f = 18,3\%$ (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
$m = 77\%$ (para baja, media y alta tensión)	$m = 77\%$ (para baja tensión)
	$m = 84,3\%$ (para media y alta tensión)


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

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

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 106 de 161

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

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

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

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


Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26^[114], el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 cables de comunicación.

Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto publicado para comentarios en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de febrero del 2017, según lo dispuesto por la Resolución Vice Ministerial N° 133-2017-MTC/03, en el cual se propuso un valor de "f" = 5,8%, debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de "f" = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

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

¹¹⁴ 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	N° 00048-GPRC/2018 Página: 107 de 161
	INFORME	

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (*)	Renta total con "P" = 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferenci al (RM total 1 - costo)	Diferenci al (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, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin compartición (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(**) Por simplicidad, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas).

Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de “Na” igual a



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 109 de 161

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

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

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

Naturaleza y objetivo de las disposiciones normativas aplicables.


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

El artículo 7 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹¹⁵, señala como uno de los principios el siguiente:

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

¹¹⁵ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 110 de 161

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° 28295¹¹⁶, 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 Óptica¹¹⁷, 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 29904¹¹⁸ 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

¹¹⁶ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

¹¹⁷ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

¹¹⁸ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 111 de 161
	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 cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.

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

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a TESUR.


Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a TESUR, entre otros, información de los códigos de suministro de las torres que arrienda a AZTECA PERÚ, no obstante dicha empresa manifiesto que:

"... no corresponde atender el pedido de información formulado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia para que TESUR remita Información sobre la infraestructura eléctrica arrendada a AZTECA, en tanto, como ha sido señalado, OSIPTEL no puede avocarse al conocimiento de la Solicitud de Mandato. Sin perjuicio de ello, dejamos constancia que la referida información ya fue solicitada a nuestra empresa en una anterior oportunidad y cumplimos con su entrega mediante Carta N° TDS-187/2016, presentada a OSIPTEL el 21 de octubre de 2016."

Al respecto, se debe señalar que lo que se requirió a TESUR (mediante carta C. 00520-GPRC/2016 recibida el 06 de octubre de 2016) fue el código de suministro de cada infraestructura de soporte eléctrico (cada torre) que arrienda a operadores de telecomunicaciones, y no el código del Módulo Estándar de su sistema de transmisión (conjunto de torres). En consecuencia, lo informado por TESUR mediante la referida carta TDS-187/2016, no es el detalle de cada torre sino las características de una línea de transmisión cuya infraestructura es arrendada a AZTECA PERÚ y que corresponde a 438 estructuras de soporte eléctrico (torres), de las cuales 368 se encuentran en el departamento de Arequipa y 70 en el departamento del Cusco.

A continuación se detalla la información proporcionada por TESUR respecto de las zonas en las que están instaladas las estructuras de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, la identificación del Módulo Estándar de Inversión para su Sistema de Transmisión y la altura de dichas estructuras.




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 112 de 161

TORRES INSTALADAS EN:	LT-220SIR2TAD2C2726A (Línea de Transmisión Socabaya – Moquegua)	ALTURA (metros)
AREQUIPA	Provincias de Arequipa (Distritos de Yanahuara, Cayma, Alto Selva Alegre, Chiguata, Paucarpata, Sabandía y Socabaya), Provincias de Caylloma (Distritos de Tisco, Callalli, Yanque, San Antonio de Chuca)	40 - 50
CUSCO	Provincia de Espinar (Distritos de Espinar y Coporaque)	40 - 50

No obstante, a pesar de la información proporcionada por TESUR, sobre la base del código del Módulo Estándar proporcionado y la base de datos actualizada del OSINERGMIN para sistemas de transmisión (MOD INV_ 2017), el OSIPTEL ha obtenido los siguientes veintiocho (28) códigos de infraestructuras de soporte eléctrico que cumplen con las características técnicas del referido Módulo Estándar (**LT-220SIR2TAD2C2726A**).

Las referidas estructuras corresponden a torres de acero con un nivel de tensión de 220 KV, instaladas en sierra rural de 4000 a 4500 msnm (SIR2), con las siguientes características: DOBLE TERNA - 2 CABLES DE GUARDA DE ACERO GALVANIZADO 3/8" EHS ACSR - 726 mm²:




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 113 de 161
	INFORME	

N°	CODIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017"	DESCRIPCION DE ESTRUCTURAS	NIVEL DE TENSION
1	TA220SIR2D2C2726S-6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	220 kV
2	TA220SIR2D2C2726S-3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	220 kV
3	TA220SIR2D2C2726S±0	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	220 kV
4	TA220SIR2D2C2726S+3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	220 kV
5	TA220SIR2D2C2726S+6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	220 kV
6	TA220SIR2D2C2726A-3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	220 kV
7	TA220SIR2D2C2726A±0	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	220 kV
8	TA220SIR2D2C2726A+3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	220 kV
9	TA220SIR2D2C2726B-3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	220 kV
10	TA220SIR2D2C2726B±0	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	220 kV
11	TA220SIR2D2C2726B+3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	220 kV
12	TA220SIR2D2C2726R-3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	220 kV
13	TA220SIR2D2C2726R±0	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	220 kV
14	TA220SIR2D2C2726R+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	220 kV
15	TA220SIR2D2C2726FS-6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	220 kV
16	TA220SIR2D2C2726FS-3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	220 kV
17	TA220SIR2D2C2726FS±0	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	220 kV
18	TA220SIR2D2C2726FS+3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	220 kV
19	TA220SIR2D2C2726FS+6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	220 kV
20	TA220SIR2D2C2726FA-3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	220 kV
21	TA220SIR2D2C2726FA±0	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	220 kV
22	TA220SIR2D2C2726FA+3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	220 kV
23	TA220SIR2D2C2726FB-3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	220 kV
24	TA220SIR2D2C2726FB±0	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	220 kV
25	TA220SIR2D2C2726FB+3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	220 kV
26	TA220SIR2D2C2726FR-3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	220 kV
27	TA220SIR2D2C2726FR±0	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	220 kV
28	TA220SIR2D2C2726FR+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	220 kV

De otro lado, según lo señalado en el contrato suscrito entre TESUR y AZTECA PERÚ, la infraestructura de soporte eléctrico arrendada a AZTECA PERÚ correspondería a la Línea de Transmisión Socabaya – Moquegua.




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 114 de 161

Sobre esa base, se muestran los precios de las infraestructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código de suministro, considerando la información contenida en la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN:

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017"	TIPO DE ESTRUCTURAS	PRECIO CIF UNITARIO (US\$, sin IGV)
1	TA220SIR2D2C2726S-6	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	7.778,43
2	TA220SIR2D2C2726S-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	8.899,64
3	TA220SIR2D2C2726S±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	10.010,85
4	TA220SIR2D2C2726S+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	11.112,04
5	TA220SIR2D2C2726S+6	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	12.213,24
6	TA220SIR2D2C2726A-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	13.692,02
7	TA220SIR2D2C2726A±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	15.196,47
8	TA220SIR2D2C2726A+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	16.700,92
9	TA220SIR2D2C2726B-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	18.477,26
10	TA220SIR2D2C2726B±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	20.576,02
11	TA220SIR2D2C2726B+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	23.045,14
12	TA220SIR2D2C2726R-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	23.790,67
13	TA220SIR2D2C2726R±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	26.522,49
14	TA220SIR2D2C2726R+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	29.254,30
15	TA220SIR2D2C2726FS-6	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	10.408,06
16	TA220SIR2D2C2726FS-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	11.908,32
17	TA220SIR2D2C2726FS±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	13.395,18
18	TA220SIR2D2C2726FS+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	14.868,65
19	TA220SIR2D2C2726FS+6	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	16.342,12
20	TA220SIR2D2C2726FA-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	18.320,83
21	TA220SIR2D2C2726FA±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	20.333,89
22	TA220SIR2D2C2726FA+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	22.346,94
23	TA220SIR2D2C2726FB-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	24.723,81
24	TA220SIR2D2C2726FB±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	27.532,08
25	TA220SIR2D2C2726FB+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	30.835,93
26	TA220SIR2D2C2726FR-3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	31.833,50
27	TA220SIR2D2C2726FR±0	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	35.488,85
28	TA220SIR2D2C2726FR+3	TORRE DE ACERO DE ALTA TENSIÓN (SIR2)	39.144,21

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 115 de 161
	INFORME	


los siguientes valores de retribución mensual unitaria (por cada cable de comunicación instalado por el arrendatario).

Nº	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017"	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	TA220SIR2D2C2726S-6	9,90
2	TA220SIR2D2C2726S-3	11,30
3	TA220SIR2D2C2726S±0	12,70
4	TA220SIR2D2C2726S+3	14,10
5	TA220SIR2D2C2726S+6	15,50
6	TA220SIR2D2C2726A-3	17,40
7	TA220SIR2D2C2726A±0	19,30
8	TA220SIR2D2C2726A+3	21,20
9	TA220SIR2D2C2726B-3	23,40
10	TA220SIR2D2C2726B±0	26,10
11	TA220SIR2D2C2726B+3	29,20
12	TA220SIR2D2C2726R-3	30,10
13	TA220SIR2D2C2726R±0	33,60
14	TA220SIR2D2C2726R+3	37,10
15	TA220SIR2D2C2726FS-6	13,20
16	TA220SIR2D2C2726FS-3	15,10
17	TA220SIR2D2C2726FS±0	17,00
18	TA220SIR2D2C2726FS+3	18,80
19	TA220SIR2D2C2726FS+6	20,70
20	TA220SIR2D2C2726FA-3	23,20
21	TA220SIR2D2C2726FA±0	25,80
22	TA220SIR2D2C2726FA+3	28,30
23	TA220SIR2D2C2726FB-3	31,30
24	TA220SIR2D2C2726FB±0	34,90
25	TA220SIR2D2C2726FB+3	39,10
26	TA220SIR2D2C2726FR-3	40,30
27	TA220SIR2D2C2726FR±0	45,00
28	TA220SIR2D2C2726FR+3	49,60

(*) 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 torre de TESUR por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. De esta manera, a nivel agregado, este valor de



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 116 de 161

retribución mensual unitaria multiplicado por el número de arrendatarios de TESUR, reflejaría el monto total de retribución mensual a ser pagado por los distintos arrendatarios que acceden a la infraestructura de TESUR, lo cual cubre sus costos incrementales de operación y mantenimiento.

Cabe señalar, que los referidos valores de retribución mensual por arrendatario es el resultado de los siguientes cálculos:

- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada torre, multiplicamos el precio CIF unitario de cada torre extraído de la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de **1,843** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), dando como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- A fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de **0,134** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de **0,183** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 03 arrendatarios. Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos (US\$), sin IGV, corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.


Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de TESUR, 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.

4.3.4 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.3.4.1 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Carta DJ-150/18 recibida el 16.01.2018).

AZTECA PERÚ indica que en el Proyecto de Mandato se señala que la retribución por el uso de infraestructura eléctrica está definida como un pago que se sustenta en los costos adicionales por la operación y mantenimiento (costo incremental) asignable a cada arrendatario cuyo cable de comunicación es soportado en los postes o torres de la empresa eléctrica. En esa línea, se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el Ministerio de Transportes y



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 117 de 161
	INFORME	

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


Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que también sostuvo que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). En efecto, indican que argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente para cualquiera que revise la operatividad de la Metodología que existe una relación directa entre las variables “f” (peso adicional de cables de los arrendatarios) y el denominador “Na” (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica necesariamente tiene que guardar coherencia con el número de cables.

Por tanto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00220-GPRC/2017, en el extremo referido a que el valor que le corresponde asumir al factor “Na” es tres (3), a fin de que la Metodología cumpla con el principio de eficiencia y cada arrendatario abone el costo incremental que se genera por operación y mantenimiento de la infraestructura que soporta un cable de fibra óptica.

Señala que se debe recordar que el MTC ha sido claro al establecer que, luego de analizar las características propias de los soportes eléctricos que se suelen emplear, optó por diseñar la Metodología bajo la presunción general de que éstos tienen la capacidad de albergar tres (3) cables de comunicaciones. Por consiguiente, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y eficiente, reflejando únicamente el costo incremental que se genera por el espacio que ocupa cada arrendatario, tiene que considerarse (obligatoriamente) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, señalan que resulta ser que **la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador “Na” (Número de arrendatarios) del factor “B” de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3).**

Por ello, AZTECA PERÚ considera importante y necesario que el Consejo Directivo reconozca que, desde que se aprobó la Metodología mediante el Reglamento en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador “Na” era igual a tres (3). Señalan que ello se evidencia claramente en el Informe N° 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor “f”, tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que en promedio todas las infraestructuras eléctricas podían



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 118 de 161

alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ manifiesta que de este modo, si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, claramente el MTC decidió que, para efectos de regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), como se puede observar a continuación:

*“Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que **un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)**”*


En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; asimismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos, por ejemplo, para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f del 20% que implica un margen de seguridad razonable; respecto al 15% calculado.” (subrayado y énfasis agregados)

AZTECA PERÚ manifiesta que en ese orden de ideas, el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017, que sustenta la Resolución Viceministerial, sólo sigue la pauta regulatoria ya establecida por el MTC en el Informe N° 251-2013-MTC/26, afirmando que el criterio de peso o espacio a través del cual se mide la variable “f” consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a tres (3), es decir “Na” igual a tres (3). De ese modo, el Informe N° 292-2017-MTC/26 esclarece las dudas que podría tenerse sobre el valor del denominador “Na”, ratificando que el valor correcto para su aplicación en la Metodología es tres (3).

Señalan que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico- regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, de 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”), que fuera adjuntado en su Escrito N° 2.

Consideran que corresponde que el Consejo Directo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado en el presente caso, precisar que el valor del “Na” igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento, remitiéndose en primer lugar al Informe N° 251 -2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. Indican que en la página 60 del Informe N° 00220-GPRC/2017 únicamente se hace referencia al Informe N° 292-2017- MTC/26, cuando el Informe N° 251-2013-MTC/26 del MTC fue la primera fuente en la que se establece que el costo



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 119 de 161

incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.

Adicionalmente AZTECA PERÚ señala que corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe N° 292-2017-MTC/26 aclara que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que dicho valor (igual a tres) fue determinado de ese modo desde la emisión del Reglamento.

Manifiesta que lo solicitado previamente resulta trascendental pues, como señalaron en sus anteriores escritos, desde la entrada en vigencia del Reglamento y su Metodología, los operadores eléctricos y de comunicaciones debían haber asignado al denominador “Na” el valor de tres (3), conforme lo ha claramente definido el MTC. El haber estado facturando retribuciones calculadas en función a un “Na” igual a uno (1), ha implicado que se transgreda el mandato legal contenido en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento; sin respetarse el precio máximo definido en el marco normativo aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento.

En consideración a lo expuesto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos:

- (i) El valor del factor “Na” igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe N° 251-2013- MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.
- (iii) La contraprestación fijada inicialmente en el Anexo 5 del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y TESUR excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

4.3.4.2 COMENTARIOS DE TESUR (Carta TDS-017/2018 recibida el 17.01.2018).


A. LA SUPUESTA RETRIBUCIÓN POR EL ESPACIO QUE OCUPA LA RDNFO EN LA INFRAESTRUCTURA DE TESUR.

TESUR manifiesta que resulta de la mayor Importancia destacar un aspecto de la solicitud de mandato de AZTECA PERÚ en el cual OSIPTEL no se ha detenido.

Indica que de acuerdo a lo señalado Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ solicitó la emisión de un mandato debido a que, en su interpretación, corresponde que AZTECA PERÚ **“solo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica”** y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica”.

Señalan que este sustento presentado por AZTECA PERÚ para la emisión del



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 120 de 161

mandato revela que dicha empresa no ha entendido la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la RDNFO, la cual no regula espacio ocupado en la infraestructura de uso público, sino los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura (que por cierto no se han cuestionado en ningún momento), considerando la compartición.

Señalan que, pese a que el OSIPTEL advirtió que AZTECA PERÚ fundamenta equivocadamente su pedido en los supuestos costos de espacio de la RDNFO, en lugar de limitarse a resolver el pedido formulado por AZTECA PERÚ (y declararlo manifiestamente improcedente) se pronuncia y pretende resolver una solicitud de mandato que es distinta a la planteada por AZTECA PERÚ y que está destinada a modificar el “*petitum*” de AZTECA PERÚ y la contraprestación del Contrato de Acceso y Uso en lo referido a los costos de operación y mantenimiento incluidos en la fórmula del Anexo 1 del Reglamento RDNFO.

Consideran que lo anterior supone claramente una motivación incongruente del OSIPTEL por cuanto dicho Regulador estaría resolviendo una pretensión que no ha sido planteada por el operador de la RDNFO, desviando, por lo tanto, los argumentos que supuestamente sustentan el reclamo de AZTECA para la modificación del Contrato de Acceso y Uso.

Recuerdan brevemente que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, “*el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*”¹¹⁹ (El resaltado y subrayado es de TESUR).


Manifiestan que lo anterior revela la poca seriedad con la cual el OSIPTEL viene tramitando el presente procedimiento, al punto de llegar a sustituirse en la posición de AZTECA PERÚ para fundamentar la solicitud de mandato de ésta.

B. LA RETRIBUCIÓN MENSUAL POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA SUPUESTA MODIFICACIÓN DE LA VARIABLE “NA”.

TESUR manifiesta que en el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL señala que el valor de la renta mensual regulado en el Anexo 1 del Reglamento RDNFO, corresponde a una

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional expedida N.° 03433-2013-PATC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 121 de 161

retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental) **asignable a cada arrendatario.**

Asimismo, indica que se señala que: **“cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho único 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)”**. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Indican que lo anterior es concordante con la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento RDNFO que identifica **un solo costo incremental** por operación y mantenimiento (variable T), el cual ha sido recientemente modificado por la RVM 768 para ser establecido en un valor equivalente a 18.3%.


Señalan que en el Informe 292 que sustenta la RVM 768, el MTC señala que el valor de 18.3% asignado a la variable “f” ha sido establecido considerando el peso de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Sin embargo, **ni la RVM 768 ni el Informe 292 identifican cuál es el costo incremental de operación y mantenimiento que correspondería a un (1) arrendatario,** cuando la infraestructura eléctrica es compartida. Precisa que ambos instrumentos se limitan a establecer que el valor del costo incremental de operación y mantenimiento es 18.3%, sin indicar que dicho valor pueda ser dividido. Tampoco el OSIPTEL analiza si es posible dividir ese costo incremental ni menos aún calcula cuál sería el supuesto costo incremental de un solo cable.

Manifiestan que a pesar de que la RVM 768 y su informe sustentatorio sólo se refieren a un único costo incremental de 18.3% (que puede atender hasta 3 cables), el OSIPTEL, sin sustento legal alguno, en el Proyecto de Mandato decide dividir el mencionado costo incremental de operación y mantenimiento por tres (3) para obtener un supuesto “*costo incremental individual*” de 6.1%.

TESUR indica que además de la ausencia total de fundamento, lo cierto es que el OSIPTEL ignora que existen costos incrementales que **no son divisibles**, y que, por lo tanto, deben ser asumidos de manera integral, sin que puedan ser individualizados. Al respecto, incluso la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) señala que el costo incremental se define como “(...) *el cambio determinado por el aumento en la oferta (prestación de un producto o servicio dado, incluyendo todos los costos directos e indirectos atribuibles a ese cambio o incremento, lo que implica considerar también las indivisibilidades propias de ese incremento*”¹²⁰. Y es que, en efecto, existen costos fijos relacionados con el mantenimiento de la infraestructura arrendada que se mantienen iguales ya sea que sea sólo una (1) fibra la que se encuentre soportada en dicha infraestructura o que sean tres (3). También existen **costos incrementales decrecientes**, los cuales determinan que, a mayor número de arrendatarios, menor sea

¹²⁰ Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones BDT “Estudio sobre la aplicación de Modelos de Costos en Latinoamérica y el Caribe”, Junio 2007. Pág. 12.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 122 de 161

el costo de cada arrendatario adicional. Indican que nada de esto es considerado, ni menos aún evaluado por el OSIPTEL, el cual simplemente divide por tres (3) el costo incremental determinado por la RVM 768 y pretende aplicar un costo individual de 6.1%, sin contar con fundamento alguno.

TESUR señala que al pretender que AZTECA PERÚ únicamente asuma la tercera parte del costo incremental establecido por la RVM 768, TESUR acabaría asumiendo una parte significativa de ese costo, generado por la propia AZTECA PERÚ. Esta lógica, como es evidente, perjudicaría a TESUR y, por ello, la interpretación que hace el OSIPTEL para dividir el costo incremental por tres (3) para favorecer a AZTECA PERÚ es totalmente contraria a los principios más elementales de eficiencia económica.

Señalan que como no hay sustento económico para dividir por tres (3) el costo incremental de operación y mantenimiento, la RVM 768 se refiere a un único costo incremental y en ningún momento sugiere ni menos aún ordena dividir este costo por tres (3). Lo anterior puede comprobarse fácilmente en la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento RDNFO, que en ninguna parte indica que el valor de la variable “f” deba ser dividido por tres (3). Por el contrario, la fórmula aplicable del Anexo 1 es bastante detallada y contiene una variable “f” que es definida con toda precisión y cuyo valor es **18.3%**, como se aprecia a continuación:

“ANEXO 1

METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS

(...)

La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

(...)

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

$$OMc = f \times OMs$$


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

(...)” (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Consideran que interpretar que el costo incremental de operación y mantenimiento reflejado en la variable “f” no es 18.3%, como señala expresamente la fórmula, es evidentemente contrario al texto de la norma; y la división por tres (3) que realiza el OSIPTEL se basa en una interpretación abiertamente contraria al ordenamiento jurídico.

Señalan que si se hubiera querido que la variable “f” sea dividida por tres (3) para determinar el valor de la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura de TESUR, la RVM 768 simplemente tendría que haber incluido el valor de 6.1%, como lo hizo en el proyecto de comentarios a la modificación del Anexo 1 del Reglamento RDNFO que luego corrigió.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 123 de 161

Manifiestan que el OSIPTEL señala en el Proyecto de Mandato que, para calcular correctamente la contraprestación, las partes siempre tuvieron que dividir la variable “f” por tres (3). Sin embargo, consideran que eso es completamente falso.

Indican que el propio texto de la RVM 768, en su quinto considerando, reconoce que, mediante dicha norma **se modifican** las variables “f” y “m” de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la RDNFO porque, en la fórmula anterior, dichas variables no habían sido correctamente calculadas. En consecuencia, es solo a partir de agosto de 2017, con la aprobación de la RVM 768, que puede hablarse de una modificación de las variables “f” y “m” y, por lo tanto, no es cierto lo que sostiene el OSIPTEL respecto que la variable “f” siempre debió ser dividida por tres (3) para determinar la contraprestación.

Señalan también que no es cierto que la variable “f” siempre haya sido dividida por (3) y ello se aprecia de diversos mandatos emitidos por el OSIPTEL en los últimos años en los cuales el valor de la variable “f” de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento fue el valor expresa y específicamente previsto en dicha fórmula (20% antes de la RVM 768 y 18.3% a partir de la RVM 768). Para tal efecto acompañan un listado de resoluciones de Consejo Directivo del OSIPTEL, las cuales han emitido mandatos donde la variable “f” de la fórmula utilizada para calcular la contraprestación, no fue dividida por tres (3).


Consideran que las forzadas interpretaciones del OSIPTEL, no quedan ahí. Indican que el OSIPTEL también atribuye a la RVM 768 unos alcances que son abiertamente contrarios al propio texto de la norma cuando sostiene que hay una tercera variable de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento RDNFO que ha sido modificada por esta norma: la variable “Na” que representa el número de arrendatarios de la fibra óptica.

Indican que en el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL interpreta que la modificación de la variable T ha dado lugar a la modificación de la variable “Na” y que a ésta se le ha asignado necesariamente el valor de tres (3), porque, para calcular la variable “f”, ***se ha considerado que un poste/torre puede soportar hasta tres (03) cables de fibra óptica***”.

Señalan que esta insólita interpretación del OSIPTEL también es abiertamente ilegal. De una simple revisión de la RVM 768 y del Informe 292 que la sustenta, no solo puede comprobarse que la variable “Na” no ha sido modificada (la variable “Na” sigue siendo “número de arrendatarios”), sino que en ningún caso podría haber sido modificada mediante una resolución viceministerial, tal como lo indica la parte final del Anexo 1 que expresamente señala que, mediante dicho instrumento legal, solo se pueden modificar las variables “m”, “l”, “h”, y “f”:

**“ANEXO 1
METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS
CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA
INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS**



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 124 de 161

PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS

(...)

La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por 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:

$$OMc = f \times OMs$$

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

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMS = I/12 \times BT$	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:

$$BT = (1 + m) \times TP \text{ Donde:}$$

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 $I = 7.2\%$. Para baja tensión $h = 13.4\%$. Para media o alta tensión

Nota: Los valores establecidos para las variables m, I, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

TESUR considera que no es legalmente posible interpretar, como lo hace equivocada e ilegalmente el OSIPTEL, que mediante una resolución viceministerial -como la RVM 768-, se puede modificar el valor de la variable "Na". Ello es completamente contrario a la propia literalidad del Anexo 1, que mantiene la definición de la variable "Na" como "número de arrendatarios" y que no permite la modificación de la variable "Na" mediante resolución viceministerial. Siendo así de claro el Reglamento RDNFO, el OSIPTEL no puede interpretar que la Na ha sido modificada, porque ello equivale a una interpretación absolutamente ilegal.

Indican que además, la modificación de la variable "Na" tampoco tiene sustento alguno en la lógica económica y en las características técnicas de la infraestructura eléctrica. Señalan que la variable "Na", conforme a múltiples mandatos emitidos por el OSIPTEL en los que ha aplicado la fórmula del Anexo 1 del Reglamento RDNFO, nunca ha



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 125 de 161

tenido un valor preestablecido, ni mucho menos ha tenido necesariamente un valor igual a tres (3). Por el contrario, la variable “Na” es y siempre ha sido el número de arrendatarios sobre la infraestructura de uso público, puesto que se trata de una variable abierta, que no ha sido ni podría ser definida de manera previa, prescindiendo del tipo de infraestructura.

Hace referencia al mandato emitido mediante Resolución N° 90-2017-CD/OSIPTEL a solicitud de Comunicaciones Cabapice S.A.C., el “Na” es definido como el *“número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad, establecidas en el Código Nacional de Electricidad.”*

TESUR indica que en su caso concreto la variable “Na” fue definida por las partes con un valor igual a uno (1), como se verifica del correo de fecha 24 de setiembre de 2015 que AZTECA PERÚ envió a TESUR para establecer el valor de la contraprestación por el acceso y uso de su infraestructura. Señalan que esto es, justamente porque el costo incremental de operación y mantenimiento no puede ser dividido -tal como ha sido explicado en este escrito- no puede considerarse tampoco que la variable “Na” que corresponde a número de arrendatarios es igual a tres (3), puesto que ello implicaría dividir dicho costo incremental por tres (3), lo cual, señalan carece de sustento económico.


TESUR indica que el OSIPTEL no hace otra cosa que realizar interpretaciones manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico.

4.3.4.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LOS COMENTARIOS PRESENTADOS POR TESUR (Carta DJ-233/18 recibida el 01.02.2018)

AZTECA PERÚ señala que a criterio de TESUR, la Metodología no determina una contraprestación por el espacio ocupado del cable de fibra óptica en su infraestructura, sino que concluyen a cuánto ascenderán los costos de operación y mantenimiento de las torres y/o postes. Por ello, indican que equivocadamente alegan que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario (“Na” igual a 1), pues de lo contrario, TESUR terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ. Desde su punto de vista, los costos incrementales no son divisibles, pues existen algunos que se mantienen fijos con independencia del número de arrendatarios, como hay otros que aumentan o disminuyen en atención a dicho número, por lo que no existiría un sustento económico para que estos costos incrementales siempre se dividan entre tres (“Na” igual a 3).

Al respecto, AZTECA PERÚ precisa que la Metodología determina la contraprestación por el uso de infraestructura en función a los costos incrementales por operación y mantenimiento que se generen por el soporte de sus cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Señalan que TESUR pretende negar con su argumentación



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 126 de 161

que AZTECA PERÚ únicamente debe pagar por los costos incrementales de operación y mantenimiento que se generen por el espacio que ocupen sus cables, y no por todos los costos de la infraestructura, ni tampoco que asuma costos inexistentes por tres arrendatarios, cuando es el único que ocupa las torres y/o postes.

En tal sentido, señalan que su argumentación para acreditar que el valor del denominador “Na” de la Metodología es igual a tres (3) no es equivocada, pues precisamente buscan que TESUR respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA PERÚ no ha generado. Señalan que la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de TESUR, un cable de fibra óptica.


Indican que a diferencia de lo alegado por TESUR, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA PERÚ únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Participación.

Consideran que el parámetro “f” cuantifica cuál es el costo marginal de operación y mantenimiento (no de inversión u otro CAPEX) que ocasionaría a una empresa eléctrica el soportar el peso de 3 cables de fibra de operadores de telecomunicaciones, en adición a los cables que la misma torre o poste ya soporta (sus propios cables). Indican que para la determinación del número de arrendatarios de apoyos en torres o postes eléctricos se consideró un máximo de tres arrendatarios (denominador “Na” igual a 3), asumiendo que existen límites físicos en una torre o poste para acomodar un número máximo de cables (peso, distancia). Es por ello que el costo marginal de operación para 3 cables (Na=3) de Fibra Óptica se estableció en 18.3%.

Manifiestan que de acuerdo con lo previsto por la propia Metodología, una vez que se ha determinado el costo marginal operativo que tres (3) cables ocasionan en una torre o poste, se procede a considerar cómo se asignan los costos de cada cable. Precisamente, el costo marginal de cada cable se obtiene con la división de la variable “f” entre la variable “Na” (f/Na), esto es. $18.3\%/3$, lo cual da como resultado un 6.1%, que el costo que se genera por un cable y, por ende, el porcentaje que debe asumir AZTECA PERÚ.

Asimismo, indica que se debe tener en cuenta que la formulación tarifaria del OSIPTTEL sólo ha considerado cuál es sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento la Metodología del MTC para fijar la tarifa de apoyo en postes pudo haber considerado cuáles de los



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 127 de 161
	INFORME	

costos comunes o de inversión que debieran ser recuperados de la infraestructura eléctrica de la empresa eléctrica, debido a que los costos de reposición de activos y otros costos de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica ya son cobrados por la empresa eléctrica en las tarifas eléctricas reguladas que fija el regulador de energía. Por tanto, atendiendo que el Consejo Directivo únicamente emitirá un mandato respecto de la Metodología tampoco ha considerados dichos costos comunes o de inversión, pues ya están siendo considerados en las tarifas eléctricas.


Considera que TESUR ha reiterado sin fundamento que el costo incremental del 18.3% (valor de la variable "f") no pueda ser dividido necesariamente entre tres (valor del denominador "Na") para determinar un costo incremental individual que corresponda al costo por operación y mantenimiento que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.

Señala que si bien TESUR ha indicado que en algunos casos existen costos fijos o decrecientes, no ha motivado por qué la Metodología contemplaría este tipo de costos. Por el contrario, como ha explicado AZTECA PERÚ el propio diseño de la Metodología ha previsto que los costos incrementales por operación y mantenimiento se encuentren en función del peso de tres (3) cables, por lo que para determinar lo que corresponde sólo a un arrendatario debe asumirse el valor correcto del denominador "Na" que es igual a tres (3).

AZTECA PERÚ manifiesta que el valor del denominador "Na" igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por TESUR, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico, al exigir una retribución mayor al precio máximo que puede ser pactado como retribución por uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, reitera que un valor igual a tres (3) de la variable "Na" ha sido establecido en la Metodología desde su emisión, siendo que las partes no pactaron de dicho modo por error cuando suscribieron el Contrato de Compartición, por lo que cuando AZTECA PERÚ advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con TESUR para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.

Indica que si bien TESUR alegó que en anteriores mandatos del Consejo Directivo no se ha señalado que el denominador "Na" es igual a tres (3), ello no constituye un motivo por el cual en el presente procedimiento no se reconozca cuál es la forma correcta en que debe aplicarse la Metodología. Ello, más aún cuando en los anteriores casos en los que el Consejo Directivo fijó una contraprestación, fue bajo el régimen de la Ley 28295, por lo que se aplicó supletoriamente la Metodología del Reglamento de la Ley 29904. Es decir, en dichos pronunciamientos no existía una norma imperativa que fijara un precio máximo que deba respetarse, por lo que la aplicación correcta de



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 128 de 161

la Metodología no es relevante, dado que las partes cuentan con plena libertad de negociación y las partes únicamente deben colocarse de acuerdo en pagar un monto por el uso compartido de infraestructura.

Indican que en este caso TESUR pretende ocultar que se trata de una situación distinta y no reconocer que existe un precio máximo imperativo que se debe respetar al momento de exigir una contraprestación por el uso compartido de infraestructura. Señalan que, en este procedimiento el Consejo Directivo debe revisar los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica bajo la Ley N° 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor “Na”; en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de “precio máximo”, sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en el país.


Por tanto, AZTECA PERÚ manifiesta que el valor del denominador “Na” necesariamente es igual a tres (3), lo cual se ajusta a lo contemplado en la Metodología desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Teniendo en cuenta esto, es indispensable que el Consejo Directivo emita un mandato de compartición y modifique la contraprestación fijada inicialmente, a efectos de que se respete el precio máximo legal.

4.3.4.4 COMENTARIOS DE TESUR RESPECTO DE LOS COMENTARIOS PRESENTADOS POR AZTECA PERÚ (Carta TDS-027/2018 recibida el 29.01.2018).

TESUR señala que lo indicado por AZTECA PERÚ no es cierto. Hace referencia al Informe N° 251-2013-MTC/26 (en adelante, “Informe 251”), emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “MTC”), que sustentó el texto original del Reglamento RDNFO en el año 2013, precisando que dicho informe no señala que el valor asignado a la variable “Na” sea tres (3). Considera que por el contrario, la referencia que cita AZTECA PERÚ en la página 22 del Informe 251, reconoce expresamente la existencia de diversos factores que tendrían un impacto en la capacidad de soporte de las torres y sistemas eléctricos, evidenciando con ello que el valor de la variable “Na” no podría, en ningún caso, ser un valor previamente establecido para toda infraestructura, sin considerar sus características y particularidades:

“Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de tres fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm) y hasta 3 cables ADDSS de fibra óptica en la misma torre o poste. (...) En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 129 de 161

considerar cables coaxiales más pesados en lugares de cables de fibra óptica, entre otras variaciones; así mismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores o considerar conductores más livianos, por ejemplo para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores. consideramos prudente tomar un valor para “f” del 20% que implica un margen de seguridad razonable; respecto al 15° calculado”. (El subrayado y resaltado es de TESUR).

TESUR manifiesta que el MTC empieza señalando que “un arreglo general estaría compuesto de **hasta** 3 cables”. Indica que se usa el condicional (“estaría”, “podríamos asumir”, etc.) y la palabra “hasta”, que indica que podrían ser uno, dos o tres. Pero, además, inmediatamente después, el Informe 251 reafirma estos condicionamientos al reconocer que existen diversos factores que influirían en la capacidad de soporte de cada infraestructura, por lo que no es posible concluir que ésta siempre puede soportar tres (3) cables. En consecuencia, consideran que las afirmaciones que realiza AZTECA PERÚ respecto a que el Informe 251 reconoce que el valor de la variable “Na” siempre fue tres (3), son manifiestamente falsas.


TESUR señala que lo señalado por AZTECA PERÚ también es abiertamente contradictorio con la modificación de la metodología del Anexo 1 del Reglamento RDNFO que fue introducida en agosto de 2017 mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC (en adelante, “RVM 768”). Indica que si la variable “Na” siempre fue tres (3), como sostiene AZTECA PERÚ, no habría sido necesario que, años después, el MTC modifique (o “precise”, como también señala AZTECA PERÚ) la metodología del Anexo 1 del Reglamento para, supuestamente, establecer el valor de esta variable en tres (3).

TESUR señala que sin perjuicio de que la RVM 768 no ha variado el valor de la variable “Na”, el cual se mantiene como un número abierto, lo cierto es que es absolutamente incoherente que AZTECA PERÚ sostenga que la variable “Na” siempre fue tres (3) cuando ella misma ha venido afirmando, desde agosto de 2017, que la variable “Na” ha sido modificada por la RVM 768 para establecer su valor en tres (3), tal como explicó en su Carta N° 1264/2017 del 17 de agosto de 2017, en la que se señala que se “han modificado los valores de las variables de la Metodología”¹²¹. TESUR manifiesta que en la misma línea, en sus cartas, AZTECA PERÚ solicita reiteradamente a TESUR “adecuar” la contraprestación por el uso de infraestructura al precio máximo que resulta, justamente, del cambio normativo dispuesto en la RVM 768.

Considera que es insólito y completamente contradictorio que AZTECA PERÚ sostenga ahora que la RVM 768 no ha modificado la variable Na porque, desde que el

¹²¹ La referida carta también señala: “(...) al plantear el cambio del valor de la variable (f) antes señalada, en la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 se ha señalado que el denominador “Na” (Número De Arrendatarios) del factor “b” (distribución de costos entre arrendatarios) contenido en la Metodología, debe ser igual a tres (3)””



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 130 de 161

texto original del Reglamento de la RDNFO fue aprobado, la variable “Na” ya tenía un valor igual a tres (3).

TESUR manifiesta que el valor de la variable “Na” nunca ha sido tres (3) y AZTECA PERÚ nunca ha entendido que sea tres (3). De hecho, la variable “Na” no ha tenido un número previamente establecido por la normativa porque se trata, precisamente, de una **variable**. Es así que, desde el texto original del Anexo 1 del Reglamento RDNFO y también después de las modificaciones aprobadas mediante la RVM 768, el valor de la variable “Na” se ha mantenido siempre como un valor abierto para introducir el número de arrendatarios real que existe en cada infraestructura en la cual AZTECA PERÚ soporta la RDNFO. De hecho, mientras a “f” y “m” sí se les asignó un valor en la metodología regulada en el Reglamento RDNFO, a la variable “Na” no se le asignó valor alguno, como puede apreciarse claramente de la fórmula del Anexo 1, donde la variable “Na” simplemente representa el “número de arrendatarios sobre la infraestructura de uso público”. (El subrayado y resaltado es de TESUR).

“ANEXO 1

(...)

La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

(...)

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

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

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

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

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20%

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

(...)

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

$$BT = (1+m) \times TP \text{ Donde:}$$


TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros.” (El subrayado y resaltado es de TESUR).

TESUR considera que los cambios posteriormente introducidos por la RVM 768 no se refieren (ni siquiera mencionan) a la variable “Na”, por lo cual ésta se mantiene como un número abierto que debe ser completado con la información del número de arrendatarios reales en cada caso, sin establecer en ningún lado que este número sea o deba ser tres (3). Por lo tanto, **la variable “Na” no era tres (3) en el Reglamento RDNFO original, aprobado en el 2013: ni ha sido establecida en tres (3) por la RVM 768** (que únicamente modifica los valores de “f” y “m”).

TESUR señala que es de la máxima importancia destacar que la RVM 768 no podría haber modificado la variable “Na” sencillamente porque dicha variable no tiene un valor



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 131 de 161

asignado que pueda ser modificado. Es por eso que el Anexo 1 del Reglamento RDNFO establece claramente que **los únicos valores que pueden ser modificados mediante resolución del viceministro de comunicaciones son los valores establecidos para m, l, h y f.** Por lo tanto, consideran que resulta incuestionable que la variable “Na” no ha sido modificada por la RVM 768 ni podría haber sido modificada por dicha norma ni por ninguna otra resolución viceministerial.

Consideran que lo anterior no sólo se deriva de la literalidad del Reglamento RDNFO originalmente aprobado y de la literalidad de la RVM 768, sino que además la variable “Na” no podría, en ningún caso, tener un valor previamente establecido (ni antes ni ahora), porque ello sería absolutamente contrario al concepto de **costo de operación y mantenimiento incremental** que recogen la Ley 29904 y el Reglamento RDNFO. Por lo tanto consideran que la posición de AZTECA PERÚ es incorrecta, tanto legalmente como desde la perspectiva económica.

TESUR manifiesta que AZTECA PERÚ pretende interpretar que el valor de la variable “Na” se desprende del Informe 292-2017-MTC/26 (en adelante, “Informe 292”) con el cual se sustentó la emisión de la RVM 768; sin embargo, ello es legalmente inadmisibles, porque una modificación normativa no puede sustentarse en un informe cuando la norma aprobada no dice nada al respecto. Pero además, la interpretación de AZTECA PERÚ se sustenta en una lógica económica absolutamente incorrecta, como desarrollan a continuación.


TESUR indica que en primer lugar, que el Informe 292 únicamente se refiere al valor de “f y “m”, pero en ningún momento señala que, como consecuencia de ello, el valor de la variable “Na” deba ser tres (3). Si en el Informe 292 se hubiera considerado la necesidad de modificar o establecer un valor para la variable “Na” simplemente se hubiera señalado de manera expresa.

Además señala que sostener que la variable “Na” es igual a tres (3) en todos los casos implica desconocer completamente el concepto económico de costo de operación y mantenimiento que está recogido en la metodología para calcular la contraprestación conforme al Reglamento RDNFO, la RVM 768 y el Informe 292.

TESUR indica que en la metodología del Anexo 1 del Reglamento RDNFO, “f representa el costo incremental de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica cuando hay compartición. **Este costo incremental de operación y mantenimiento es uno solo. En ninguna parte del Reglamento RDNFO, de la RVM 768 o de los informes sustentatorios de estas normas se señala que ese costo incremental pueda reducirse o individualizarse.** En tal sentido, el costo incremental de operación y mantenimiento calculado conforme a la metodología es único y es por eso justamente que **es necesario conocer el número de arrendatarios reales, para que el señalado costo incremental sea asumido por estos conjuntamente.**

Consideran que lo anterior queda claramente evidenciado cuando la metodología dispone la aplicación del factor “B”, que es definido como el “**Factor de atribución de**



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 132 de 161

costos sólo entre los arrendatarios” (esa definición está recogida tanto en el Reglamento RDNFO como en la RVM 768). Y ese factor B se obtiene, como no podría ser de otra forma, considerando el número de arrendatarios:

**“B = Factor de atribución de costos sólo entre los arrendatarios
 $B = 1/N_a$
Donde N_a : número de arrendatarios”.**

Indican que la metodología dispone que el costo de operación y mantenimiento incremental (“**OPEX adicional**” más impuestos) se multiplique por este factor B. Así, si el número de arrendatarios es de tres (3), entonces el costo incremental determinado conforme a la metodología debe ser asumido por estos arrendatarios en partes iguales y corresponderá dividirlo por tres (3); pero si el número de arrendatarios es menor, entonces ese mismo costo incremental, **que es el único que puede obtenerse de la aplicación de la metodología legal**, tendrá que dividirse por dos (2) o por uno (1). Eso es lo que indica la metodología cuando dispone aplicar un factor de atribución de costos entre los arrendatarios, precisando luego que “ N_a ” es el número de arrendatarios.


Señalan que lo anterior ha sido reconocido de manera expresa por el OSIPTEL en el proyecto de mandato donde ha señalado que **“cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho único 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)”. (El resaltado y subrayado es de TESUR).

Indican que dado que el costo incremental es único, si hay un solo arrendatario en la infraestructura, este costo tendría que ser totalmente asignable a éste; y no sería posible que dicho costo sea dividido entre otros, para asignar costos a unos arrendatarios que no existen. Atribuir costos a arrendatarios inexistentes implicaría que la porción atribuida a esos “fantasmas” la tenga que asumir el titular de la infraestructura eléctrica, lo cual, evidentemente, no se sustenta en la lógica económica y es tremendamente inequitativo; sobre todo si el costo incremental es causado exclusivamente por ese único arrendatario.

Por ello, consideran que el valor de la variable “ N_a ” no puede ser otro que un valor abierto que sea completado en función a la cantidad de arrendatarios que efectivamente exista en la infraestructura en cada caso en particular. De otro modo, asignando a la variable “ N_a ” un valor mayor al del número de los arrendatarios reales, siempre existirá una parte del costo incremental generado por la presencia de los arrendatarios que no sería asumido por estos, y que, por lo tanto, tendría que ser asumido por el titular de la infraestructura. Esta situación afecta la sostenibilidad financiera del servicio de compartición de infraestructura.

TESUR hace referencia al informe económico elaborado por Macroconsult que adjunta



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 133 de 161

como anexo, que indica que existen componentes fijos del costo incremental de operación y mantenimiento (Opex incremental) que no serían cubiertos si se “individualiza” dicho concepto, como pretenden el OSIPTEL y AZTECA PERÚ al dividirlo por tres (3). Señalan que en palabras de Macroconsult: “Entonces, asumir que el único arrendatario (AZTECA PERÚ) pague una parte proporcional [1/3] de costo incremental total, afecta la sostenibilidad financiera de servicio complementario de compartición de infraestructura eléctrica”. Esta situación, así como sus efectos, son explicados por Macroconsult en los siguientes términos:

*“En estos casos, **la porción no retribuida de los costos fijos deberá ser asumida por el arrendador**, afectando la eficiencia distributiva para el mercado, ya que la empresa eléctrica no lograría cubrir el Opex incremental vinculado al servicio de telecomunicaciones. Esto podría generar una situación de **expropiación regulatoria ya que se estaría trasladando beneficios hacia el operador de telecomunicaciones**.*


*Dicha situación resultaría en un **subsidio cruzado del concesionario de servicios públicos de energía eléctrica al operador de servicios públicos de telecomunicaciones**, en la medida que el riesgo relacionado a la cobertura de los costos fijos sería asumido por la empresa eléctrica, sin obtener el pago del total del costo incremental por la prestación de la infraestructura compartida.”*

TESUR manifiesta que como conclusión, Macroconsult afirma que el criterio según el cual el parámetro “Na” es igual a tres (3) tiene las siguientes debilidades: (i) no considera el criterio de viabilidad económica; (ii) no considera el criterio de viabilidad financiera; (iii) no conlleva a una reducción de precios para el usuario final de la RDNFO (como equivocadamente sostiene AZTECA PERÚ); y (iv) no es consecuente con la práctica regulatoria en otros servicios de telecomunicaciones y otras industrias de redes.

Así pues, consideran que queda claro que el costo incremental de operación y mantenimiento es uno solo y, por ello, tanto la fórmula inicial del Reglamento RDNFO como la RVM 768 asignaron a “f un valor expreso, sin dividirlo (20% inicialmente y luego 20% para baja tensión y 18.3% para media y alta tensión), y a las variables “B” y “Na” un valor abierto a ser completado en cada caso según la cantidad de real de arrendatarios. Ésta, pues, es la única forma de asegurar que el costo incremental generado a partir del soporte de un cable de fibra óptica, sea asumido por aquél o aquéllos arrendatarios que lo generan y no por el titular de la infraestructura.

Señalan que ello es tan evidente que, de hecho, tanto AZTECA PERÚ como el OSIPTEL lo han venido entendiendo así desde el año 2013. Indican que para la negociación de la contraprestación pactada en el Contrato de Acceso y Uso, **AZTECA PERÚ pidió a TESUR a que asignara a la variable “Na” un valor igual a uno (1)**, es decir, **un (1) arrendatario**, no tres (3) y ello se debió a que, en dicho momento (como hasta ahora), en la infraestructura de TESUR había un (1) solo arrendatario. Este reconocimiento demuestra, pues, la mala fe con la cual AZTECA PERÚ viene actuando ahora, contraviniendo sus propios actos para justificar interpretaciones



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 134 de 161

completamente ilegales e insostenibles del marco legal.

Indican que el OSIPTEL actúa contrariamente a sus actos previos, porque en diversas ocasiones ha emitido mandatos utilizando la metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento y le ha asignado a la variable “Na” un valor distinto a tres (3). Así pues, consideran que es claro que tanto AZTECA PERÚ como el OSIPTEL siempre han entendido que la variable “Na” es un valor abierto, que no tiene un número preestablecido, ni mucho menos ha sido fijado en tres (3). Ahora, sin embargo, ambos sostienen que la variable “Na” siempre fue tres (3). Como se ha visto, eso es completamente falso y es sólo un intento desesperado de AZTECA PERÚ y de las autoridades del sector por salvar la situación comercial que enfrenta actualmente la RDNFO, problema que, como hemos señalado en una anterior ocasión, debe ser financiado por el Estado peruano; y por ello se pretende solucionar con una ilegal intromisión del Regulador en el Contrato de Acceso Uso para reducir, a una tercera parte, la contraprestación que TESUR tiene derecho a recibir en virtud de una relación privada libre y válidamente establecida conforme al marco legal vigente. La situación comercial y los problemas que viene enfrentando la RDNFO por fenómenos que se presentan en su mercado, son desarrollados en el informe elaborado por Macroconsult.

Señalan que la actuación del OSIPTEL en este caso también contraviene el Principio de Confianza Legítima y de Predictibilidad previsto en el artículo 1.15 del Texto Único Ordenado de la LPAG, porque es abiertamente incongruente con sus anteriores pronunciamientos en los cuales no ha considerado que el valor de la variable “Na” es un número previamente establecido, ni mucho menos que en todos los casos sea tres (3). Esto constituye una actuación arbitraria del OSIPTEL puesto que el Regulador estaría variando injustificadamente y sin un sustento adecuado los *criterios utilizados en otros casos*:


“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.15 **Principio de predictibilidad o de confianza legítima** - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 135 de 161
	INFORME	

inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables". (El resaltado y subrayado es de TESUR).

TESUR manifiesta que los mandatos que ha emitido el OSIPTEL en anteriores oportunidades y la propia actuación del Estado al haber asignado a la variable "Na", en la normativa aplicable, un valor abierto y no un número específico preestablecido, generó en TESUR una expectativa de que las decisiones de estas entidades no se apartarían de dicho criterio y que, por el contrario, sus actuaciones se ajustarían a lo establecido en el marco legal. Sin embargo, lo que ha ocurrido en este caso es que, sobre la base de interpretaciones sin sustento económico o legal, AZTECA PERÚ y el OSIPTEL han desconocido estos criterios, cambiando las reglas de juego vigentes al momento de suscribir el Contrato de Acceso y Uso.


TESUR indica que el pedido de AZTECA PERÚ para que "el Consejo Directivo al momento de emitir el mandato de compartición (...) precise que el valor "Na" igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento" es un pedido de mala fe, por ser manifiestamente contrario a sus propios actos, a las normas y a la lógica económica. Por lo tanto, consideran que debe ser desestimado por el OSIPTEL.

"Informe Económico sobre el Concepto de Contraprestación por Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica, por parte de los Operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones", el cual ha sido elaborado por Macroconsult para la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Enero 2018.

TESUR adjunta el citado informe en el cual se indica que el criterio según el cual el valor del parámetro "Na" es igual a tres (3), en función del espacio máximo disponible para cables de fibra óptica, no reconoce la totalidad de los costos económicos relacionados a la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida. En detalle, se afirma que dicho criterio ignora cuatro aspectos relevantes: i) la existencia de economías de ámbito que se derivan de la presencia de costos comunes, ii) el carácter indivisible y discreto del costo incremental, iii) el carácter decreciente del costo incremental medio que resulta de la presencia de costos fijos de operación y mantenimiento atribuibles al espacio disponible para la instalación de cables y iv) la consideración de criterios económicos y financieros relacionados con la demanda actual o potencial. Con base en este criterio, se argumenta que si existen menos de tres redes instaladas, la contraprestación mensual retribuirá la totalidad de los costos variables incrementales y solo una porción de los costos fijos en los que incurre el concesionario eléctrico por la compartición de su infraestructura, situación que podría afectar la sostenibilidad del servicio del concesionario eléctrico.

Por otra parte, el informe señala que la modificación del parámetro "Na" de Azteca Perú no induciría a una reducción de precios para el usuario final de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, en la medida que dicha empresa solo puede cobrar una tarifa fija en su contrato de concesión. Asimismo, manifiesta que las prácticas regulatorias en otros servicios de telecomunicaciones y en otras industrias de redes



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 136 de 161

reconocen la naturaleza de los costos fijos y que las contraprestaciones derivadas de aumentos incrementales en la inversión, operación y mantenimiento se basan en la demanda efectiva por el servicio.

Del mismo modo, se reporta evidencia internacional que, entre otros, reconoce la consideración de criterios socioeconómicos que imposibilitan la utilización de la capacidad máxima del poste. Finalmente, el informe recomienda que la remuneración mensual debería reconocer la totalidad del costo incremental de la compartición de infraestructura que utilizan los arrendatarios efectivos, dado que dichos costos poseen una naturaleza fija más que variable.

4.3.5 POSICION DEL OSIPTEL RESPECTO A LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

Sobre el OPEX incremental y el parámetro “f”.

Sobre este punto, es relevante remitirnos a los comentarios expresados en el informe económico de Macroconsult, presentado por TESUR (en adelante, el informe económico), en donde se señala (i) la existencia de economías de ámbito que se derivan de la presencia de costos comunes, (ii) el carácter indivisible y discreto del costo incremental, y (iii) el carácter decreciente del costo incremental medio.

Sobre el particular, se debe señalar que el informe económico presentado se limita, en este extremo, a desarrollar a nivel teórico cómo un agente enfrenta los costos incrementales, pudiendo ser dichos costos: fijos o variables (es decir, indivisibles o divisibles). En ese sentido, señala que la presencia de costos incrementales fijos deriva en que el primer usuario de la infraestructura deba asumir la totalidad de dichos costos, independientemente de la cantidad de usuarios que pudieran acceder posteriormente. Esta explicación es correcta a nivel teórico; no obstante, el citado informe económico no hace una evaluación empírica de dichos costos y de cómo los mismos son recuperados a la luz de toda la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.


En esta línea, TESUR (a través del informe económico) realiza un análisis parcial de la referida fórmula y omite pronunciarse sobre la naturaleza de los demás parámetros incluidos en la misma. Para ello es conveniente referirnos al numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26, en donde se hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico:

“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,*



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 137 de 161
	INFORME	

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

- Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, **tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable “h”, el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR).” (Lo resaltado es nuestro).***

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

Dicho OPEX incremental dividido entre estos tres (03) arrendatarios, nos da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios estén en un momento determinado, accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, no es que el operador eléctrico no recupere sus costos incrementales fijos como lo pretende afirmar TESUR, sino que dicha recuperación se concreta con la aplicación de la fórmula, a través de un parámetro distinto del “f”. Esta aclaración, que no ha sido considerada por TESUR ni por Macroconsult en los comentarios al proyecto de mandato, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03:




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

De esta manera, el valor del parámetro "f", **esta directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable**, en función, al costo variable adicional originado por el **peso extra de cada cable de comunicación instalado** sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental fijo, ya está considerado en el valor de la variable "h" antes referida.

En consecuencia, no es correcto el argumento manifestado por TESUR y por Macroconsult, respecto de que, en el caso concreto de TESUR, si existen menos de tres redes instaladas, la contraprestación mensual retribuirá solo una porción de los costos fijos afectando la sostenibilidad de TESUR.

En segundo lugar, sobre lo señalado en el referido informe económico respecto de la consideración de criterios económicos y financieros relacionados con la "demanda actual" o "demanda potencial", se debe recalcar que el OPEX incremental atribuible a cada arrendatario se genera recién cuando cada uno de dichos arrendatarios, accede a la infraestructura del operador eléctrico, ya que como se señaló anteriormente, este costo incremental variable se genera a partir del peso que representa instalar cada cable o medio de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, de modo que, si no hay arrendatarios el costo incremental variable es cero (0).



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 139 de 161

Sobre el OPEX incremental dimensionado para tres (3) cables de comunicación.

Respecto del comentario de TESUR de que la fórmula identifica un sólo costo incremental por operación y mantenimiento que equivale al 18,3% y que no hay sustento para dividir entre 3; como se señaló anteriormente, el porcentaje referido refleja los costos incrementales variables (no fijos), por lo que si son divisibles y, por consiguiente, directamente atribuibles a cada nuevo arrendatario que utilice la infraestructura eléctrica. Como se mencionó, la parte fija de los costos incrementales está incorporada en otro parámetro de la fórmula, respecto de la cual TESUR no se ha pronunciado.

En ese entendido, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.


De este modo, el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico. Asimismo, la determinación del valor del “Na” por parte del OSIPTEL tampoco es arbitraria, sino que responde a criterios detallados en el presente informe. Esto sin duda, está en línea con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar los pronunciamientos del OSIPTEL.

De otro lado, se debe señalar que la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el presente mandato es tres (03), la cual se determinó a partir del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

Adicionalmente, se observa que la referida cantidad de arrendatarios es consistente, en la mayoría de los casos, con la capacidad de arrendatarios que soporta la infraestructura eléctrica, de acuerdo a lo reportado por las empresas eléctricas, en el marco de los mandatos de compartición de infraestructura emitidos por el regulador:

N° de Expediente	N° de Resolución	Empresa de Telecomunicaciones	Empresa Eléctrica	Capacidad de arrendatarios
00002-2017-CD-GPRC/MC	090-2017-CD/OSIPTEL	Comunicaciones Cabapice S.A.C.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00007-2016-CD-GPRC/MC	036-2017-CD/OSIPTEL	Americatel Perú S.A.	Electro Sur Este S.A.A.	3
00006-2016-CD-GPRC/MC	020-2017-CD/OSIPTEL	Multivisión S.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)



	DOCUMENTO		N° 00048-GPRC/2018
	INFORME		Página: 140 de 161

00005-2016-CD-GPRC/MC	131-2016-CD/OSIPTEL	Cable Estación S.R.L.	Electro Puno S.A.A.	3
00004-2016-CD-GPRC/MC	115-2016-CD/OSIPTEL	Gilat Networks Perú S.A.	Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C.	3
00004-2015-CD-GPRC/MC	119-2015-CD/OSIPTEL	Tv Cable Digital E.I.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	3

En ese entendido, tal como lo reconoce el informe económico, la capacidad de las estructuras no es 1.


Sobre un valor “acordado” para la variable “Na”.

Respecto del comentario de TESUR sobre que en su caso concreto la variable “Na” fue definida por las partes con un valor igual a uno (1), se debe señalar que, como parte del presente pronunciamiento, corresponde al OSIPTEL definir el valor de la referida variable en base a criterios técnicos y económicos, debidamente fundamentados, y no considerar un valor supuestamente “acordado” entre las partes.

Para tal efecto, no se requiere determinar a cuántos arrendatarios puede dar acceso TESUR en cada una de sus estructuras, debido a que como se indicó anteriormente, el objetivo es determinar el costo mensual para un arrendatario. Así, si TESUR en un futuro modificara su infraestructura y le fuera factible dar acceso a más arrendatarios a los que le es posible dar actualmente, la **retribución mensual unitaria por arrendatario sería la misma, mientras que se incrementaría la retribución mensual total.**

Cabe también señalar, 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 lo dispuesto por 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, podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado por dicha ley para imponer las sanciones por incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada (literal b del artículo 30.2 de la referida Ley). Asimismo, al momento de la firma del contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), ya que el artículo 30.4 del referido Reglamento salvaguarda el principio de “No Discriminación” respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 141 de 161
	INFORME	

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y modificatorias.

Sobre la modificatoria directa y explícita de los parámetros m, l, h, y f.

Respecto de lo señalado por TESUR, sobre que los únicos valores que pueden ser modificados mediante resolución del viceministro de comunicaciones son los valores establecidos para m, l, h y f, se debe señalar que, efectivamente, una resolución viceministerial del sector comunicaciones puede modificar de manera directa y explícita los referidos parámetros de la fórmula. En esa línea, el OSIPTEL está facultado a determinar, en el correspondiente mandato, el valor de las demás variables, entre ellas “Na”, la cual se ha fijado en función a los costos incrementales variables.

Situación similar se observa en el caso de la variable “im”, definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 como “Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable”. Así, para la implementación de dicha variable el OSIPTEL, en todos los casos, adopta el criterio de considerar como base la “tasa de actualización anual” utilizada para el retorno de las inversiones en el sector eléctrico, fijada actualmente en un 12% anual, según lo señalado en el artículo 79° de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844).


De esta forma, en cada Mandato en el que el OSIPTEL debe establecer una renta mensual por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico, este organismo observa el valor vigente de la referida “tasa de actualización anual” y considera la tasa mensualizada de dicho valor. Este valor de la variable “im” que considera el OSIPTEL en sus pronunciamientos, será el mismo hasta que un cambio normativo modifique dicha “tasa de actualización anual” aplicable al sector eléctrico, lo que no quiere decir que “im” deje de ser una variable de la fórmula definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

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

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

De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida



	DOCUMENTO	Nº 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 142 de 161

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

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

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

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de TESUR. Señala que si bien la modificación de los valores "f" y "m" es reciente, el valor del número de arrendatarios ("Na") ha venido siendo calculado erróneamente con el valor de uno (1), cuando siempre debió realizarse en función al número potencial de arrendatarios, es decir, cuando menos tres (3).

Indica que dicha situación ha encarecido en gran medida y de manera indebida los costos operativos de la Red Dorsal, puesto que sólo con la aplicación errónea del valor del "Na", la contraprestación exigida ha resultado cuando menos tres veces mayor a la que debería haber sido cobrada por TESUR. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Participación, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.


Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada¹²²; lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación de la Banda Ancha en el Perú, repercutiendo negativamente contra los objetivos planteados por el Estado Peruano a través de la Ley de Banda Ancha y afectando directamente las expectativas de crecimiento socioeconómico vinculadas a tales objetivos.

Plantea que en dicho escenario, ante la resolución del Contrato de Participación, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable de la Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de TESUR, puesto que, de no hacerlo, será este último quien ordene el retiro de los cables, de acuerdo con la cláusula 12.2 y 12.4 de dicho pacto:

"12.2 (...) Si, por el contrario, se produce la terminación anticipada del Contrato por cualquier causa, (...) las Partes acordarán oportunamente el plazo para desmontar el cable RDND y sus accesorios, el cual no puede exceder de 120 días calendario.

¹²² Situación que podría devenir en la incapacidad de cumplir con sus obligaciones económicas y a la larga, incurrir en una causal de resolución del Contrato de Participación.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 143 de 161
	INFORME	

(...)

12.4 En el supuesto que AZTECA no cumpla con lo pactado en la presente Cláusula, TESUR podrá desconectar los equipos de dicha empresa a cuenta, costo y riesgo de ella, sin responsabilidad alguna para TESUR. (...)"

Considera que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de TESUR conllevará que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA PERÚ no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional. Asimismo, indica que la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que el OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.

Precisa que inclusive, en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica¹²³, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA PERÚ continúe abonando una contraprestación que a todas luces excede el máximo precio permitido en el marco normativo vigente.

Es así como, considera que se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de TESUR, poniendo en riesgo el interés público protegido por la normativa vigente en la materia y que EL OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.


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

4.4.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley

¹²³ Escenario que debe ser desechado de plano, en la medida que las proyecciones financieras desarrolladas por el propio Estado peruano al momento de concebir el proyecto de la Red Dorsal, no contemplaban costos operativos exorbitantes como los que viene asumiendo su Concesionaria, debido principalmente al incumplimiento del precio tope regulatorio por compartición de infraestructura eléctrica, como es el caso de las contraprestaciones cuyos valores son indebidamente exigidas por TESUR.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 144 de 161

Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.

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

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

4.4.3 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.4.3.1 COMENTARIOS DE AZTECA (Carta DJ-150/18 recibida el 16.01.2018).


AZTECA PERÚ manifiesta que en el Proyecto de Mandato, se indica que “los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato”. Señala que de ese modo, las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo.

Consideran que dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, sin embargo indican que el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y TESUR sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente.

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

De ese modo, consideran que no corresponde que el Consejo Directivo analice situaciones hipotéticas sobre qué es lo que cada una de las partes debe realizar para



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 145 de 161
	INFORME	

minimizar el riesgo operativo de la Red Dorsal, pues ello podría constituir una controversia entre las partes que deberá ser resuelta en el fuero correspondiente.

Así pues, señalan que a través del mandato de compartición solicitado, únicamente se busca que se establezca la contraprestación por uso de infraestructura, modificando el Contrato de Compartición para que no supere el precio máximo legal.

Por tanto, solicita al Consejo Directivo que precise en el mandato de compartición que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato de Compartición, en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato.

4.4.4 POSICIÓN DEL OSIPTTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

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

4.5 SOBRE LA SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD PRESENTADA POR AZTECA PERÚ.


4.5.1 POSICIÓN DE TESUR (Carta TDS-191/2017 recibida el 26.10.2017):

TESUR manifiesta que conforme a lo indicado en la comunicación, AZTECA PERÚ ha solicitado al OSIPTTEL declarar la confidencialidad de la Solicitud de Mandato conforme a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Confidencialidad de OSIPTTEL¹²⁴ (en adelante, "Reglamento de Confidencialidad").

Al respecto, indica que es preciso señalar que el pedido formulado por AZTECA PERÚ para declarar la confidencialidad de la Solicitud de Mandato no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 2° del Reglamento de Confidencialidad; y, por lo tanto, el OSIPTTEL debe denegar dicha solicitud. Pero adicionalmente, destaca que el deber de mantener la confidencialidad de la Solicitud de Mandato mientras no haya culminado el procedimiento de calificación en el OSIPTTEL, alcanza única y exclusivamente al OSIPTTEL y no a las partes que participan en el procedimiento ni a los terceros.

¹²⁴ Aprobado mediante Resolución N° 178-2012-CD/OSIPTTEL.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 146 de 161

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

Considera que lo antes señalado es tan evidente que el OSIPTEL no invoca ninguno de los supuestos antes mencionados para justificar su pedido de confidencialidad. En consecuencia, señala que al no estar contenida la Solicitud de Mandato en ninguno de los supuestos de confidencialidad establecidos en el Reglamento de Confidencialidad, el pedido formulado por AZTECA PERÚ para que el OSIPTEL declare la confidencialidad de la Solicitud de Mandato, debe considerarse necesariamente rechazado, sin más trámite.

Por otro lado, el último párrafo de la Comunicación en la que se invoca a TESUR para que "observe el tratamiento de confidencialidad" que supuestamente brinda el artículo 21° del Reglamento de Confidencialidad a la Solicitud de Mandato de AZTECA PERÚ, no solo carece de sustento legal, sino que resulta abiertamente desproporcionado e irrazonable y, por lo tanto, contrario a los derechos de TESUR y terceros.


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

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

TESUR indica que esta disposición únicamente se refiere al deber que tiene el OSIPTEL de tratar como confidencial la información que es materia de una solicitud, en tanto, como es evidente, es ante dicho organismo ante quien los administrados presentan sus solicitudes de confidencialidad y, por lo tanto, es el OSIPTEL el único que puede conocerlas hasta que resuelva sobre ellas.

Indican que hasta el momento, TESUR ni siquiera ha sido notificada con el sustento de la solicitud de confidencialidad de AZTECA PERÚ, la cual tendría que haber acompañado, en cumplimiento del artículo 16° del Reglamento de Confidencialidad, un



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 147 de 161
	INFORME	

resumen no confidencial de la información lo suficientemente claro y detallado para permitir un entendimiento razonable del asunto involucrado. Señala que sostener que dicho deber alcanza a las partes del procedimiento en el cual se solicita la confidencialidad, o incluso a terceros que podrían no conocer siquiera de la existencia de dicha solicitud, implica realizar una interpretación contraria al propio texto del artículo 21° que nada dice sobre el tratamiento que las partes o cualquier tercero que tome conocimiento de la solicitud de confidencialidad, deban dar a dicha información mientras el procedimiento de calificación no culmine.

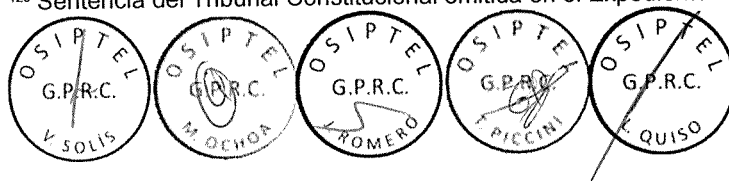
Manifiesta que la invocación del OSIPTEL para que TESUR trate la Solicitud de Mandato de AZTECA PERÚ como información confidencial en tanto dicho pedido no haya sido resuelto por el OSIPTEL, es una medida manifiestamente irrazonable y desproporcionada. Indica que dicha recomendación no cumple con el Test de Proporcionalidad¹²⁵ que toda norma u acto debe respetar para que su intervención en los derechos de los ciudadanos sea legítima. Este Test, como el OSIPTEL conoce, pasa por efectuar un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida que se pretende aplicar.


Indica que la invocación del OSIPTEL no resulta idónea para la finalidad que se pretende tutelar (la confidencialidad de la información de AZTECA PERÚ), puesto que TESUR en ningún momento ha tenido acceso a información confidencial de AZTECA PERÚ que pueda poner en riesgo sus derechos. El único documento notificado a TESUR en el marco del procedimiento iniciado por dicha empresa, es la Solicitud de Mandato que la propia AZTECA PERÚ ha presentado al OSIPTEL para que ésta sea remitida a TESUR para comentarios. Señala también que no es necesaria en tanto existen medios alternativos para asegurar el mismo objetivo que el OSIPTEL persigue con su invocación. Por ejemplo, el OSIPTEL podría disponer la realización de acciones internas para la custodia y resguardo de la información confidencial de AZTECA PERÚ (tal como lo prevé el Reglamento de Confidencialidad), sin necesidad alguna de obligar a TESUR a cumplir un mandato de confidencialidad que no solo no existe (en tanto al resolución correspondiente aún no ha sido emitida), sino cuya información no califica como confidencial de acuerdo con el propio marco legal del OSIPTEL.

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

Conforme a lo expuesto, consideran que la invocación del OSIPTEL contenida en la Comunicación para que TESUR brinde un trato confidencial a la Solicitud de AZTECA PERÚ cuando ésta no solo no califica como información confidencial, sino que no se encuentra justificada por el Test de Proporcionalidad, resulta una medida ilegítima que su empresa no se encuentra obligada a observar.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 579-2008-PA/TC.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 148 de 161

4.5.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 24.11.2017)

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

Indica que como bien conoce el OSIPTEL, su solicitud de confidencialidad tenía como objeto principal resguardar la privacidad del Contrato de Compartición que vincula a ambas empresas¹²⁶, así como las comunicaciones que fueron cursadas, frente a terceros. Tanto es evidente que no han solicitado la confidencialidad de su solicitud de mandato y menos han pretendido afectar su derecho de réplica que la misma fue notificada a TESUR.

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

4.5.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

Respecto de lo señalado por TESUR, se debe señalar que la solicitud de declaración de confidencialidad de la información presentada por AZTECA PERÚ ha sido declarada fundada en parte por la Resolución de Gerencia General N° 00134-2017-GPRC/2017 del 25 de octubre de 2017; conforme al análisis expresado en dicha decisión.


En particular, se ha declarado como información confidencial la ubicación georeferenciada (coordenadas) de la infraestructura que es objeto de la compartición, incluida en el numeral 1 del Anexo 2 del Contrato. Asimismo, se ha declarado como información restringida copia de las cartas cursadas entre AZTECA PERÚ y TESUR (DJ-1264/17, TDS-143/2017, DJ-1317/17, DJ-1348/17, DJ-1415/17, TDS-159/17 y DJ-1440/17).

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

Cabe indicar que la obligación de reserva respecto del manejo de la citada información, dentro de los alcances del Reglamento de Información Confidencial, recae en los funcionarios y consultores del OSIPTEL, conforme lo dispone el artículo 29 del citado Reglamento. En consecuencia, el tratamiento de la información antes señalada que realice TESUR, al ser parte del Contrato y haber cursado/recibido las comunicaciones antes señaladas, no se sujeta a lo dispuesto por el Reglamento de Información Confidencial. Ello, sin perjuicio del derecho de las partes del Contrato a

¹²⁶ Ver cláusula décimo primera del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 149 de 161

requerirse el cumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad acordadas en éste (v.g. Cláusula Décimo Primera).

4.6 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE TESUR.

4.6.1 Posición de AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 05.10.2017):

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

Manifiesta que en el caso en particular, TESUR ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado, que busca precisamente asegurar la protección del interés público y que el despliegue de la Red Dorsal no corra peligro. Por tanto, considera que la conducta de TESUR sería ilegal y sancionable por el OSIPTEL.

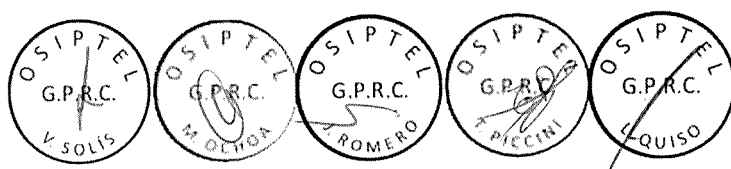
Asimismo, indica que de acuerdo con lo expuesto y en función a lo que se resuelva en razón a la presente solicitud de mandato, el OSIPTEL debería realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra TESUR por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.


4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

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

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

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 150 de 161

Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y TESUR en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.

4.7 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN.

4.7.1 COMENTARIOS DE AZTECA (Carta DJ-150/18 recibida el 16.01.2018).

AZTECA PERÚ indica que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación del Anexo 5 del Contrato de Compartición, señalándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de TESUR por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Al respecto, AZTECA PERÚ manifiesta que si bien se encuentran de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que en el mandato el Consejo Directivo incorpore un párrafo final al nuevo Anexo 5 que fija para el Contrato de Compartición. Consideran que el Consejo Directivo debe precisar en qué supuestos debe variar la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación consignada en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, así como la oportunidad y la forma de hacerla efectiva.

AZTECA PERÚ manifiesta que la retribución mensual puede ser modificada cuando: (i) OSINERGMIN reajuste los costos regulados de las torres o postes; (ii) el Viceministerio de Comunicaciones disponga el cambio del valor de alguna variable; o, (iii) se modifique la fórmula de cálculo mediante Decreto Supremo. Considera que dichas modificaciones debieran operar siempre que, como consecuencia de las variaciones originadas por los cambios normativos, la contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.

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


En esa línea, AZTECA PERÚ propone que el último párrafo del Anexo 5 que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, sea modificado conforme al siguiente texto:

Anexo 5

"(...)

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 151 de 161

fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen que AZTECA PERÚ tenga que pagar a TESUR 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.”

AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que también incorpore un último párrafo al nuevo Anexo 5 que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto anteriormente.


AZTECA PERÚ indica que si bien se ha podido advertir que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación del Anexo 5 del Contrato de Compartición, se establecen los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de TESUR, resulta fundamental que también la cláusula de contraprestación señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA PERÚ. Ello, a fin de dar certeza y que no exista duda alguna para ninguna de las partes sobre a cuánto asciende la retribución mensual que debe abonarse por uso compartido de infraestructura. Precisa que la retribución mensual varía según el tipo de torre, existiendo importantes diferencias de valor entre ellos que pudieran dar lugar a ulteriores desacuerdos entre las partes.

Por ello, solicita al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación del Anexo 5 se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre¹²⁷. AZTECA PERÚ proporciona dicha información, para que pueda ser incorporada al Anexo 5 del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe N° 00220-GPRC/2017.

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ indica que existe la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de TESUR utilizada por AZTECA PERÚ, y solicita al Consejo Directivo que incorporen las columnas con el número de torres arrendadas por cada tipo y el monto total al que asciende la contraprestación por cada tipo de torre, conforme lo ha propuesto.

¹²⁷ Cabe precisar que este es el número de torres por cada tipo que AZTECA se ha encontrado utilizando desde el inicio de la relación de compartición que mantiene con TESUR, por lo que los montos de retribución lijados en la tabla son los que siempre debieron regir en el Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 152 de 161

4.7.2 COMENTARIOS DE TESUR RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Carta TDS-027 recibida el 29.01.2018).

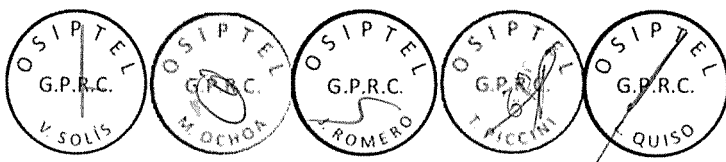
TESUR manifiesta que con su pedido, AZTECA PERÚ está reconociendo de manera expresa que las modificaciones normativas de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento RDNFO, **no modifican automáticamente la contraprestación** pactada en el Contrato de Acceso y Uso.


Indica que si, como sostiene AZTECA PERÚ, la contraprestación pactada está y siempre estuvo sujeta a las modificaciones normativas del Anexo 1 del Reglamento RDNFO, sin importar lo que haya estipulado el Contrato de Acceso y Uso, no se entiende por qué ahora sería “necesario” -como señala AZTECA PERÚ- incorporar en el Contrato de Acceso y Uso que la contraprestación será ajustada cada vez que se modifique la fórmula del Anexo 1 del Reglamento.

Manifiesta que si, como señala AZTECA PERÚ, la contraprestación pactada por TESUR es un precio regulado que está sometido a las modificaciones del marco legal y, por lo tanto, éste -según AZTECA PERÚ- quedaría automáticamente ajustado al nuevo precio que establezca la norma, es evidente que no sería “necesario” que el Contrato de Acceso y Uso recoja esta disposición. Claramente, al pedir la incorporación de un párrafo final de ajuste en el Contrato de Acceso y Uso, AZTECA PERÚ está reconociendo que la modificación normativa de la fórmula del Reglamento RDNFO no es suficiente para que la contraprestación pactada por ambas partes quede “adecuada”.

TESUR considera que AZTECA PERÚ es plenamente consciente de que la modificación de la metodología que aprobó la RVM 768, no ha modificado la contraprestación pactada en el Contrato de Acceso y Uso y, por eso, está utilizando al OSIPTEL para que éste imponga dicha modificación, en lugar de negociarla directamente con TESUR. Así pues, consideran que aprovechándose del evidente afán que existiría actualmente entre las autoridades del sector para solucionar el problema de rentabilidad que enfrenta la RDNFO, AZTECA PERÚ no solo requiere al OSIPTEL que modifique el Contrato de Acceso y Uso para reducir la contraprestación, sino que ahora también le pide que modifique otras condiciones de la relación contractual que no tienen sustento en el marco legal y que son completamente contradictorias con los supuestos argumentos que AZTECA PERÚ ha venido esgrimiendo hasta la fecha.

Señalan que peor aún, como parte de esa modificación, AZTECA PERÚ ahora requiere al OSIPTEL que determine en el Contrato de Acceso y Uso que la contraprestación solo será automáticamente modificada **cuando ello beneficie a AZTECA PERÚ**. Consideran que este pedido, es inaceptable. En primer lugar, AZTECA PERÚ no explica cuál es el sustento legal o económico para requerir al OSIPTEL que incorpore una cláusula en el Contrato de Acceso y Uso que beneficie únicamente a una de las dos partes (cuando supuestamente el Regulador debería actuar de manera imparcial). Pero, además, este pedido es manifiestamente arbitrario,



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 153 de 161
	INFORME	

discriminatorio e ilegal puesto que, con él, AZTECA PERÚ pretende condicionar la aplicación de una norma supuestamente imperativa **solo en aquellos casos en los cuales le resulta conveniente**. Es decir que ahora AZTECA PERÚ elige, a su conveniencia, cuándo una norma tiene carácter imperativo y cuándo esa misma norma no tiene tal carácter.

Por ello, TESUR señala que este pedido constituye una pretensión abiertamente arbitraria, que no tiene sustento económico ni legal y que el Consejo Directivo del OSIPTEL no puede admitir bajo ninguna circunstancia.

Finamente, y con el único propósito de resaltar las incoherencias de los pedidos de AZTECA PERÚ, TESUR comenta el pedido de esta empresa para que el OSIPTEL se abstenga de analizar los posibles reclamos que puedan surgir entre las partes sobre los montos facturados por TESUR con anterioridad a la emisión del mandato. Señalan que AZTECA PERÚ sustenta este pedido en que ello constituiría una controversia que corresponde ser resuelta conforme al mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato de Acceso y Uso. Más aún, AZTECA PERÚ llega a afirmar que, para resolver “una discrepancia respecto de la contraprestación en un período anterior a la vigencia”, corresponde acudir al fuero arbitral.


TESUR indica que según la posición de AZTECA PERÚ, las discrepancias sobre la contraprestación que fueran anteriores a la emisión del mandato corresponden ser dilucidadas en un arbitraje, pero la presente controversia (surgida, además, con anterioridad al mandato) no puede ser resuelta en un arbitraje, sino en un procedimiento de mandato en el cual el OSIPTEL imponga una modificación de la contraprestación. Indican que todo lo anterior refleja, pues, la arbitrariedad con la cual viene actuando AZTECA PERÚ y la mala fe con la cual continúa realizando pedidos al OSIPTEL, destinados a mejorar su situación comercial a costa de los derechos de TESUR. Señalan que es absolutamente innegable que AZTECA PERÚ cree que está habilitado para pedir cualquier pronunciamiento del OSIPTEL, sin sustentar adecuadamente uno solo de sus argumentos e incurriendo en graves contradicciones sobre las facultades del OSIPTEL para modificar el Contrato de Acceso y Uso y para pronunciarse sobre la contraprestación para períodos anteriores al mandato.

Por ello, insiste en que el OSIPTEL advierta la ilegalidad del procedimiento que ha iniciado AZTECA PERÚ y, reconociendo que la modificación de la contraprestación del Contrato de Acceso y Uso ya fue sometida al conocimiento de un órgano arbitral, OSIPTEL se inhiba de continuar tramitando este procedimiento.

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

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 154 de 161

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

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

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

Asimismo, sobre la base de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de la infraestructura de TESUR que utiliza, se han considerado finalmente catorce (14) de los veintiocho (28) códigos de estructuras considerados en el proyecto remitido para comentarios a las partes. Asimismo, se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los referidos catorce (14) códigos, manteniéndose los mismos valores de renta mensual unitaria, por arrendatario, publicados para comentarios.

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

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" (MÓDULO LT-220SIR2TAD2C2726A)	DESCRIPCION DE LA INFRAESTRUCTURAS DE TESUR (TORRES DE ACERO DE ALTA TENSIÓN)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA, POR ARRENDATARIO - US\$ sin IGV (*)	CANTIDAD
1	TA220SIR2D2C2726S-6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	9,90	13



2	TA220SIR2D2C2726S-3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	11,30	25
3	TA220SIR2D2C2726S±0	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	12,70	96
4	TA220SIR2D2C2726S+3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	14,10	109
5	TA220SIR2D2C2726S+6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	15,50	13
6	TA220SIR2D2C2726A-3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	17,40	16
7	TA220SIR2D2C2726A±0	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	19,30	32
8	TA220SIR2D2C2726A+3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	21,20	5
9	TA220SIR2D2C2726B-3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	23,40	15
10	TA220SIR2D2C2726B±0	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	26,10	15
11	TA220SIR2D2C2726B+3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	29,20	10
12	TA220SIR2D2C2726R-3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	30,10	8
13	TA220SIR2D2C2726R±0	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	33,60	8
14	TA220SIR2D2C2726R+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	37,10	3

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, determinados en función a la información remitida por TESUR y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN.


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

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

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

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




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 156 de 161

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por TESUR 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 TESUR 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 TESUR 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 TESUR y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a este organismo.

2. AZTECA PERÚ deberá presentar a TESUR, 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 TESUR, 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 TESUR, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de TESUR debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.
3. De no estar incluido en el cuadro alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a TESUR, 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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 157 de 161


considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.

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


5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

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

Atentamente,


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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 158 de 161

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE TESUR

Modificar el Anexo N° 5 del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y TESUR el 25 de noviembre de 2015, con la siguiente redacción:


“(...)

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

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" (MÓDULO LT-220SIR2TAD2C2726A)	DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURAS DE TESUR (TORRES DE ACERO DE ALTA TENSIÓN)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO - US\$ sin IGV (*)	CANTIDAD
1	TA220SIR2D2C2726S-6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	9,90	13
2	TA220SIR2D2C2726S-3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	11,30	25
3	TA220SIR2D2C2726S±0	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	12,70	96
4	TA220SIR2D2C2726S+3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	14,10	109
5	TA220SIR2D2C2726S+6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	15,50	13
6	TA220SIR2D2C2726A-3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	17,40	16
7	TA220SIR2D2C2726A±0	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	19,30	32
8	TA220SIR2D2C2726A+3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	21,20	5
9	TA220SIR2D2C2726B-3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	23,40	15
10	TA220SIR2D2C2726B±0	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	26,10	15
11	TA220SIR2D2C2726B+3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	29,20	10
12	TA220SIR2D2C2726R-3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	30,10	8
13	TA220SIR2D2C2726R±0	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	33,60	8
14	TA220SIR2D2C2726R+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	37,10	3

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018 Página: 159 de 161
	INFORME	

Ventas, determinados en función a la información remitida por TESUR y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN.

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de TESUR por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.


La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por TESUR 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 TESUR 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 TESUR 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 TESUR 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 TESUR, 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 TESUR, 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 TESUR, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de TESUR debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. 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 (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a TESUR, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución




	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 160 de 161

mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.

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



	DOCUMENTO	N° 00048-GPRC/2018
	INFORME	Página: 161 de 161

ANEXO 2

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

(En Disco Compacto)

