

2018 MAY 23 PM 12: 46

RECIBIDO

DJ-995/18

Expediente No. : 00017-2017-CD-GPRC/MC  
Referencia : C. 270-GCC/2018  
Escrito No. : 3  
Sumilla : Comentarios al proyecto de mandato

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

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

Que, mediante carta de fecha 17 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. ("**ENSA**") que la contraprestación periódica que viene exigiéndonos por el uso de su infraestructura eléctrica, en razón al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica celebrado el 22 de abril de 2015 (el "**Contrato de Compartición**"), sea adecuada a efectos de respetar el precio máximo a que se refiere el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley No. 29904, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "**Reglamento**"). Ello, en correcta aplicación de la "**Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos**", desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento (la "**Metodología**").

Que, luego de que ENSA manifestara claramente a AZTECA que no estaba de acuerdo con los planteamientos contenidos en nuestras cartas y habiendo transcurrido en exceso el plazo a que se refiere el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, el 29 de diciembre de 2017, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura.

Que, el 23 de abril de 2018, fuimos notificados con la Carta C. 017-GCC/2018 a través de la cual la Gerencia de Comunicación Corporativa nos corre traslado de la Resolución de Consejo Directivo No. 093-2018-CD/OSIPTEL del 19 de abril de 2018, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura (el "**Proyecto de Mandato**") que se encuentra sustentado en el Informe No. 00091-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (la "**Gerencia**"), el cual también fue notificado en dicha fecha.

Que, dentro del plazo conferido por el Consejo Directivo del OSIPTEL (el "**Consejo Directivo**"), a continuación, procedemos a **presentar nuestros comentarios al Proyecto de Mandato** en los siguientes términos.

## I. SOBRE LA NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN

- 1.1. En el Proyecto de Mandato, la Gerencia precisó que, si bien los antecedentes de la negociación llevada a cabo en el año 2015 para la suscripción del Contrato de Compartición permiten entender las consideraciones iniciales que tuvieron AZTECA y ENSA, dichas comunicaciones no deben ser tomadas en cuenta a la fecha para la emisión de un mandato. En esa línea, se enfatizó que, en el presente procedimiento, se debe analizar si corresponde o no modificar las condiciones económicas de una relación de compartición, a efectos de que reflejen los precios máximos en aplicación de la Metodología, sin que para ello se requiera evaluar las comunicaciones correspondientes a las negociaciones iniciales de las partes.
- 1.2. Sobre el particular, corresponde señalar que, en el presente procedimiento AZTECA ha solicitado modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición, precisamente debido a que advertimos que los términos pactados inicialmente, vinculados a la contraprestación máxima por uso compartido de infraestructura, contravienen la Ley No. 29904 (la "Ley de Banda Ancha") y su Reglamento, en tanto exceden por lo menos tres veces el precio máximo legal en aplicación de la Metodología. Por ello, en este caso, las comunicaciones del año 2015 no deben ser tomadas en consideración para la emisión de un mandato que busca hacer que la contraprestación del Contrato de Compartición resulte acorde con el marco normativo sobre uso compartido de infraestructura eléctrica, siendo para ello, irrelevante lo indicado en las negociaciones iniciales, las que precisamente, no observaron el precio máximo de dicho marco legal.
- 1.3. En efecto, las negociaciones iniciales para la suscripción del Contrato de Compartición únicamente revelan que las partes arribaron a un acuerdo que no respeta el marco normativo vigente sobre uso compartido de infraestructura debido a la asimetría informativa entre las partes y al poco conocimiento de los valores de las variables de la Metodología, lo cual permitió que no fuese aplicada correctamente. Por ello, con independencia de las negociaciones que tuvieron AZTECA y ENSA antes de la suscripción del Contrato de Compartición, el Consejo Directivo debe emitir un mandato siguiendo las reglas previstas en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.
- 1.4. Por lo expuesto, coincidimos con lo desarrollado en el Informe No. 00091-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, respecto de que no corresponde tomar en consideración lo indicado en las comunicaciones del año 2015 sobre las negociaciones entre AZTECA y ENSA, que tuvieron lugar de manera previa a la suscripción del Contrato de Compartición, para que el Consejo Directivo pueda emitir un mandato en el presente caso. Así pues, únicamente corresponde que se observe la normativa vigente en esta materia, a efectos de que se modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura a través de un mandato.

## II. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN

- 2.1. 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 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 OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.
- 2.2. Al respecto, AZTECA siempre ha 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, modificatorio 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.
- 2.3. En esa línea, 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 solicitó a ENSA 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 que, ciertamente, trasciende el interés económico o comercial de las partes de una relación de compartición.
- 2.4. Adicionalmente, 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 No. 28295 o la Ley de Banda Ancha, no limita 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, ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo de OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos en ejercicio de su función normativa, la que ha sido expresamente encomendada por ley al ente regulador.
- 2.5. De ese modo, 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 planteados<sup>1</sup>, no por ello se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias o

<sup>1</sup> Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. En este caso, la motivación que tuvo AZTECA 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.

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. En efecto, en primer lugar, debemos advertir que no se pone en discusión la interpretación del texto original del contrato; y, en segundo lugar, cabe destacar que no estamos ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de ENSA y/o de AZTECA, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes de la infraestructura eléctrica, para la ejecución de un proyecto de interés nacional<sup>2</sup>.

- 2.6. Sobre este punto, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>3</sup>, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo de las partes 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.**
- 2.7. Es importante tener en cuenta que, el fin propio de 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.**
- 2.8. En tal sentido, 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.
- 2.9. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición a través de un mandato, en el presente caso también se ha

<sup>2</sup> La infraestructura eléctrica de ENSA tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que *“la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes (énfasis agregado). Bajo este régimen, “los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)” (énfasis agregado). [JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, 2016, p. 387. y PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo III. 15ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 12]*

<sup>3</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.

cumplido con haber tenido una negociación previa con ENSA durante treinta (30) días, en la que AZTECA no pudo arribar a ningún acuerdo sobre la modificación de la contraprestación por uso compartido de infraestructura. Por ello, en este caso, se ha cumplido con lo contemplado en el artículo 25 del Reglamento, en tanto la solicitud de AZTECA para que OSIPTEL modifique la relación de participación ocurrió luego de una negociación infructuosa con ENSA llevada a cabo dentro del plazo legal.

- 2.10. En atención a lo expuesto, AZTECA coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00091-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA y ENSA no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicitamos 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.

### III. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL CONSEJO DIRECTIVO Y LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- 3.1. El Proyecto de Mandato señala expresamente que *"no existe justificación para suspender el presente procedimiento, en el que OSIPTEL ejerce una función normativa respecto de la solicitud antes mencionada, que es distinta de la función de solución de controversias que le corresponde ejercer al Cuerpo Colegiado"*. En ese orden de ideas, la Gerencia fue clara en manifestar que la existencia de una controversia ante el Cuerpo Colegiado, no impide que el Consejo Directivo emita un mandato en ejercicio de su función normativa para modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas.
- 3.2. Así pues, sólo a través de un mandato de compartición, luego de verificarse la falta de acuerdo entre las partes, el Consejo Directivo tiene la facultad de dictar reglas que se apliquen en la relación de compartición. Ello, precisamente constituye la pretensión de AZTECA en el presente procedimiento. En este caso, las posiciones contrapuestas que tiene AZTECA y ENSA se encuentran referidas a la modificación de la contraprestación pactada inicialmente, por lo que corresponde que el Consejo Directivo, en ejercicio de su exclusiva función normativa, emita un mandato. Por ende, constituye el fuero competente para conocer la solicitud de AZTECA, para adecuar la retribución al precio máximo legal.
- 3.3. Por el contrario, los órganos de solución de controversias de OSIPTEL carecen de función normativa y en ningún supuesto podrían modificar las condiciones económicas fijadas en el Contrato de Compartición. De ese modo, su facultad se circunscribe a conciliar intereses contrapuestos, resolviendo conflictos, reconociendo o desestimando los derechos invocados por alguna de las partes.
- 3.4. En atención a lo señalado, coincidimos con lo desarrollado en el Informe No. 00091-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, en tanto no debe suspenderse el presente procedimiento hasta que se resuelva la controversia iniciada en el fuero de solución de controversias. Así pues, el presente caso se encuentra referido a una solicitud para modificar la contraprestación del Contrato de Compartición

ante una negociación infructuosa entre AZTECA y ENSA, distinta a la controversia iniciada en el marco de procedimientos de solución de controversia, inclusive, para lo que el propio Cuerpo Colegiado no estaría facultado de pronunciarse.

#### IV. SOBRE LA RETRIBUCIÓN POR EL USO DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA

- 4.1. 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 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.
- 4.2. Sobre el particular, AZTECA también sostuvo que el valor del factor "Na" es igual a tres (3). En efecto, se argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo ello en cuenta, 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.**
- 4.3. Por tanto, AZTECA coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00091-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, en el extremo referido a que el valor del factor "Na" debe ser 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.
- 4.4. Cabe recordar que el MTC ha sido claro al establecer que, luego de analizar las características propias de los soportes eléctricos que se suelen emplear, optó por diseñar la Metodología bajo la presunción general de que éstos tienen la capacidad de albergar tres (3) cables de comunicaciones. Por consiguiente, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y eficiente, reflejando únicamente el costo incremental que se genera por el espacio que ocupa cada arrendatario, tiene que considerarse (obligatoriamente) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que **la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3).**
- 4.5. Por ello, es 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). Ello se evidencia claramente en el Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013, que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor "f", tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que, en promedio, todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.

- 4.6. De este modo, si bien el Informe No. 251-2013-MTC/26 reconoce que hay diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición de las instalaciones, claramente el MTC decidió que, para efectos de regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo, tres (3), como se puede observar a continuación:

*"Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm<sup>2</sup>) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en la misma torre o poste (...)*

*En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; así mismo, 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)

- 4.7. En ese orden de ideas, el Informe No. 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 No. 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 No. 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).
- 4.8. Por tanto, corresponde que el Consejo Directivo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado en el presente caso, precise que el valor del "Na" igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento, remitiéndose en primer lugar al Informe No. 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. En efecto, en el Informe elaborado por la Gerencia únicamente se hace referencia al Informe No. 292-2017-MTC/26, cuando el Informe No. 251-2013-MTC/26 del MTC fue la primera fuente en la que se establece que el costo incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.

- 4.9. Lo solicitado previamente resulta trascendental pues, como señalamos en nuestros 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. Ciertamente, 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.
- 4.10. Se debe tener en cuenta que el Consejo Directivo únicamente se encuentra aplicando la Metodología que, en lo que concierne al valor del denominador "Na", no ha sido modificada, por lo que efectivamente el valor igual a tres (3) de dicha variable se contempla desde la emisión del Reglamento y, por ende, desde el inicio de la relación contractual entre AZTECA y ENSA.
- 4.11. En consideración a lo expuesto, se solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición que se emitirá en el presente caso los siguientes puntos, conforme ha sido desarrollado en este acápite:
- (i) El valor del factor "Na" igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
  - (ii) El Informe No. 292-2017-MTC/26 aclara/esclarece que el valor del denominador "Na" es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología.
  - (iii) La contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y ENSA excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

## V. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN

- 5.1. En el Anexo I del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Sexta 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 ENSA por parte de AZTECA para la instalación de un (1) cable.
- 5.2. Al respecto, corresponde señalar que, si bien nos encontramos de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo I del Proyecto de Mandato, resulta necesario que, en su mandato, el Consejo Directivo precise el último párrafo de la nueva Cláusula Sexta que fija para el Contrato de Compartición. Ello, en tanto el Consejo Directivo debe precisar que las modificaciones de la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación consignada en el Anexo I del Proyecto de Mandato tendrán efecto cuando la nueva contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.



- 5.3. 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.
- 5.4. En esa línea, AZTECA propone que, el último párrafo de la Cláusula Sexta que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Participación, propuesta en el Anexo I del Proyecto de Mandato, sea modificada conforme al siguiente texto:

*Cláusula Sexta*

*"(...)*

*Las partes señalan que estos valores unitarios serán ajustados en forma automática, sin que sea necesaria la suscripción de una adenda al presente Contrato de Participación, cada vez que los componentes señalados en la fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen que AZTECA tenga que pagar a ENSA 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."*

- 5.5. Por tanto, se solicita al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva Cláusula Sexta que fija para el Contrato de Participación, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto en el punto 5.4.
- 5.6. De otro lado, coincidimos con la Gerencia que resulta fundamental que en el Anexo I del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación de la Cláusula Sexta del Contrato de Participación, se establezcan los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de ENSA, así como también se señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA. 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.

**VI. SOBRE LAS DISCREPANCIAS QUE PUDIERAN TENER AZTECA Y ENSA SOBRE LOS MONTOS FACTURADOS ANTES DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE PARTICIPACIÓN**

- 6.1. En el Proyecto de Mandato, se indica que "los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de participación que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato". De ese modo, las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de participación de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo.
- 6.2. Si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA y ENSA 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.

- 6.3. En efecto, si bien AZTECA 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.
- 6.4. Por tanto, se solicita al Consejo Directivo que precise en el mandato de compartición que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias correspondiente, en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato.

**POR TANTO:**

**A USTEDES SOLICITAMOS:** que, en consideración a los comentarios al Proyecto de Mandato expuestos, se proceda con la emisión del Mandato de Compartición en los términos solicitados por AZTECA, que incluyan las precisiones indicadas en el presente escrito.

Lima, 24 de mayo de 2018



**ANDRÉ ROBILLIARD ESCOBAL**  
GERENTE DE REGULACIÓN