

| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 1 de 68 |

| | | |
|------------|---|---|
| A | : | GERENCIA GENERAL |
| ASUNTO | : | SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON LA EMPRESA CONSORCIO ENERGÉTICO DE HUANCVELICA S.A. |
| REFERENCIA | : | EXPEDIENTE N° 00010-2017-CD-GPRC/MC |
| FECHA | : | 08 DE FEBRERO DE 2018 |

| | Cargo | Nombre |
|----------------|---|-----------------------|
| ELABORADO POR: | Analista de Políticas Regulatorias | Jorge Huaman Sánchez |
| | Especialista en Interconexión | María Ochoa La Torre |
| REVISADO POR: | Coordinador de Gestión y Normatividad | José Romero Alcalde |
| | Subgerente de Gestión y Normatividad | Tatiana Piccini Antón |
| APROBADO POR: | Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e) | Lennin Quiso Córdova |

| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 2 de 68 |

1. OBJETO.

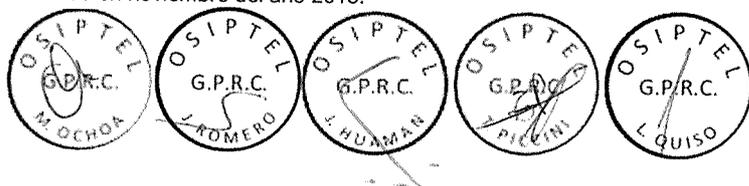
El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con la empresa Consorcio Energético de Huancavelica S.A. (en adelante, CONENHUA) que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 12 de marzo de 2015.

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3 de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha),¹ declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia, estableciéndose mediante su artículo 8, que la entidad encargada de conducir el proceso de concesión será la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC² se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en el que se establecen los principios, reglas y disposiciones complementarias para la aplicación de la referida Ley.
- 2.2 El artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.
- 2.3 El Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y CONENHUA el 12 de marzo de 2015.
- 2.4 Mediante carta DJ-1265/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a CONENHUA 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 12 de marzo 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, (ii) la posición respecto a la

¹ Vigente desde julio del año 2012.

² Emitido en noviembre del año 2013.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 3 de 68 |

retribución emitida por el OSIPTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura y (iii) . Asimismo, AZTECA PERÚ señala que su comunicación es en el marco de lo dispuesto en el artículo 25.3 del Reglamento, motivo por el cual convoca a CONENHUA a una reunión en sus oficinas.

- 2.5 Mediante carta DJ-1356/17, recibida con fecha 12 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ reitera su solicitud a efectos de adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, siguiendo la estricta aplicación de la metodología prevista en el Anexo 1 de la referida norma.

Señala también que el monto de la factura que le fuera remitida no respeta el precio máximo legal que resulta de la aplicación de la metodología anteriormente referida, por lo que procede a su devolución.

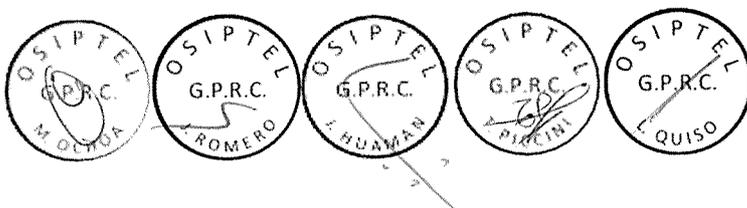
Sin perjuicio de lo anteriormente señalado y en el marco de lo dispuesto en el artículo 25.3 del Reglamento, reitera su convocatoria a una reunión en sus oficinas efectos de proceder con la adecuación solicitada.

- 2.6 Mediante carta DJ-1552/17, recibida con fecha 11 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ reitera su solicitud de adecuar la facturación de la contraprestación periódica por el uso de la infraestructura eléctrica al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la *“Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio públicos de energía eléctrica e hidrocarburos”* incluida como Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, de manera que se cumpla con lo señalado en el numeral 4 del artículo 30 del Reglamento.

Señala también que de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 4.5 del contrato, ante una modificación de las variables se comprometieron a reflejar dicho cambio en un addendum al contrato suscrito, el cual debió estar suscrito dentro de los 30 días calendario de la fecha de publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, es decir antes del 05 de setiembre de 2017.

- 2.7 Mediante escrito recibido con fecha 16 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 CONENHUA el 12 de marzo de 2015.

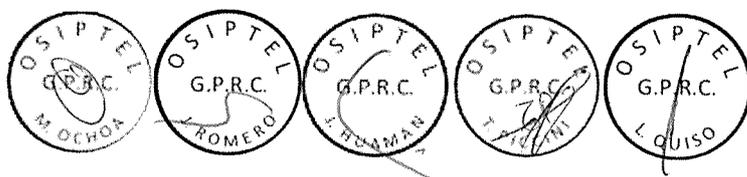
- 2.8 Mediante carta C.00581-GPRC/2017, recibida con fecha 20 de octubre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a CONENHUA la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ a efectos de que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado. Asimismo, se solicitó información respecto



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 4 de 68 |

de la infraestructura eléctrica (postes y/o torres) que CONENHUA viene alquilando a AZTECA PERÚ.

- 2.9 Mediante carta s/n recibida con fecha 27 de octubre de 2017, CONENHUA remite sus comentarios respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura realizada por AZTECA PERÚ.
- 2.10 Mediante carta C.00601-GPRC/2017, recibida con fecha 02 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios presentados por CONENHUA para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.
- 2.11 Mediante carta CONENHUA GG-143-2017, recibida con fecha 03 de noviembre de 2017, CONENHUA remitió información adicional respecto de la infraestructura eléctrica alquilada a AZTECA PERÚ
- 2.12 Mediante carta C.00627-GPRC/2017, recibida con fecha 10 de noviembre de 2017, el OSIPTEL solicitó a AZTECA PERÚ su opinión respecto del número máximo de arrendatarios señalado por CONENHUA mediante carta CONENHUA-GG-120-2016, recibida con fecha 24 de octubre de 2016.
- 2.13 Mediante carta DJ-1731/17, recibida con fecha 13 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ solicita una prórroga de cinco (5) días hábiles adicionales a efectos de cumplir con el requerimiento señalado mediante carta C.00627-GPRC/2017.
- 2.14 Mediante carta C.00634-GPRC/2017, recibida con fecha 17 de noviembre de 2017, el OSIPTEL otorgó a AZTECA PERÚ la prórroga solicitada mediante carta DJ-1731/17.
- 2.15 Mediante carta C.00648-GPRC/2017, recibida con fecha 27 de noviembre de 2017, el OSIPTEL remitió a AZTECA PERÚ información adicional respecto de la infraestructura eléctrica alquilada a CONENHUA que fuera remitida mediante carta CONENHUA GG-143-2017.
- 2.16 Mediante escrito recibido con fecha 27 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ remite sus comentarios respecto de la comunicación C.00627-GPRC/2017. Asimismo, reitera su solicitud de emisión de un mandato de compartición de infraestructura.
- 2.17 Mediante carta C.00655-GPRC/2017, recibida con fecha 30 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corre traslado a CONENHUA del escrito presentado por AZTECA PERÚ el 27 de noviembre de 2017, para su conocimiento y los fines que estime pertinente.
- 2.18 Mediante escrito recibido con fecha 5 de diciembre de 2017, AZTECA PERÚ



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 5 de 68 |

solicitó una audiencia ante los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL a fin de exponer los argumentos que sustentan su solicitud de mandato y su posición frente a lo manifestado por CONENHUA. Mediante cartas C.00041-GG/2018 y C.00042-GG/2018, de fecha 18 de enero de 2018, el OSIPTEL comunica a ambas partes que ha otorgado la audiencia solicitada por AZTECA PERÚ para el día jueves 25 de enero de 2018.

- 2.19 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 149-2017-CD/OSIPTEL de fecha 07 de diciembre de 2017, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00010-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y CONENHUA, contenido en el Informe N° 00204-GPRC/2017; resolución que fue notificada a AZTECA PERÚ y CONENHUA mediante cartas C.00588-GCC/2017 y C.00589-GCC/2017, el 12 y 13 de diciembre de 2017, respectivamente, a efectos que remitan los comentarios que consideraban pertinentes en un plazo máximo de veinte (20) días calendario.
- 2.20 Mediante escrito recibido con fecha 03 de enero de 2017, AZTECA PERÚ remite sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, que le fuera notificado mediante carta C.00588-GCC/2017. CONENHUA no remitió comentarios.
- 2.21 Mediante carta C.00003-GPRC/2018, recibida con fecha 08 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a CONENHUA de los comentarios presentados al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, a efectos de que remitan los comentarios que consideren pertinentes, en un plazo no mayor de siete (07) días hábiles.
- 2.22 Mediante escrito recibido con fecha 17 de enero de 2018, CONENHUA remite los comentarios solicitados mediante carta 00003-GPRC/2018.
- 2.23 Mediante carta C.00037-GPRC/2018, recibida con fecha 22 de enero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ de los comentarios presentados por CONENHUA mediante su escrito recibido el 17 de enero de 2018.

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 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 6 de 68 |

- 3.4 El riesgo para la Red Dorsal ante la falta de acuerdo.
- 3.5 Sobre la comisión de una infracción por parte de CONENHUA

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.

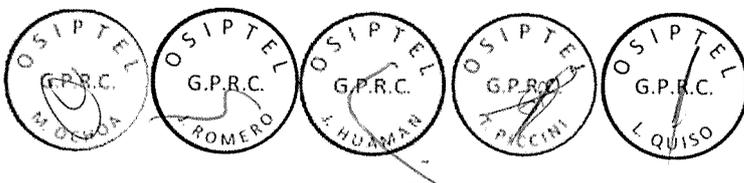
Asimismo, el artículo 32 de la Ley N° 29904, establece que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del precitado artículo 13, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

Por su parte, 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 7 de 68 |

negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato para efectos de supervisión.

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

Según se verifica de la revisión del referido artículo, existen dos (2) modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley N° 29904, siendo éstos: (a) el contrato, y (ii) el mandato. El procedimiento legal previsto para cada modalidad se describe a continuación:

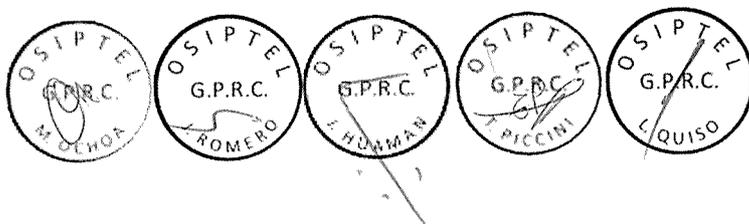
- **Contrato de compartición:**

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

- **Mandato de compartición:**

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

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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 8 de 68 |

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 modificados, regulados o extinguidos 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 CONENHUA formulada en el marco de la Ley N° 29904. Dicha solicitud generó el proceso de negociación referido en el numeral 1.5 del Contrato y el 12 de marzo de 2015, las partes suscribieron dicho Contrato.

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

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-1265/17, recibida con fecha 18 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a CONENHUA 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, en la referida comunicación AZTECA PERÚ precisó que ésta se enviaba 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

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° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 9 de 68 |

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

Cabe indicar que AZTECA PERÚ reiteró el referido requerimiento mediante cartas DJ-1356/17 y DJ-1552/17 recibidas el 12 de setiembre de 2017 y 11 de octubre de 2017, respectivamente, sin obtener respuesta de CONENHUA.

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha antes referida (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 16 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 CONENHUA.

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

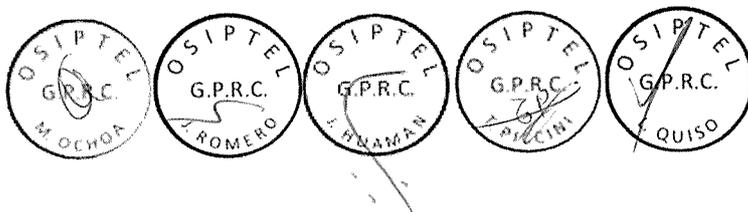
4.2.1 POSICIÓN DE CONENHUA:

CONENHUA manifiesta que en cumplimiento del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de energía Eléctrica” y la Resolución Viceministerial, suscribirá la adenda considerando la modificación de los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión.

Asimismo, indica que el contrato fue suscrito de mutuo acuerdo entre AZTECA PERÚ y CONENHUA, haciendo uso de su libertad contractual, precisando que la garantía constitucional de libertad contractual señalada en el artículo 62° de la constitución política señala lo siguiente:

*“Artículo 62a.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. **Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.** Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*

Manifiesta que, de acuerdo a lo señalado en el artículo antes citado, las partes pueden pactar libremente los términos de un contrato. En ese sentido considera que la



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 10 de 68 |

solicitud de mandato de compartición que efectúa AZTECA PERÚ ante el OSIPTEL es el desconocimiento al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de energía Eléctrica, que se encuentra actualmente vigente.

Asimismo, indica que dicho contrato permite el uso de sus instalaciones y ha sido suscrito voluntariamente con conocimiento de las estructuras convenidas y de las condiciones técnicas de la zona, la cuales son especiales respecto de las existentes en el sector toda vez que se ubican en zonas que alcanzan los 5000 msnm.

CONENHUA indica que en la cláusula 4.5 del contrato vigente entre AZTECA PERÚ y CONENHUA se indica textualmente que las partes revisarán su aplicación y se pondrían de acuerdo en los nuevos términos contenidos en la modificación de la norma:



En caso se modifique la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904, de determinación de los valores unitarios detallados en el numeral 4.3 precedente y, consecuentemente, de la contraprestación mensual a ser asumida por AZTECA, las Partes revisarán su aplicación y cualquier modificación de los valores de la contraprestación será vigente a partir de la suscripción del addendum respectivo.



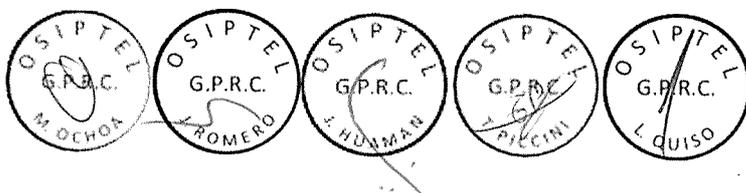
Página 4 de 22

En ese sentido, manifiesta que revisará con AZTECA PERÚ la aplicación de la modificación señalada en la Resolución Ministerial.

4.2.2 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ:

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.

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.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 11 de 68 |

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”.*⁴

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL⁵ 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 eléctrica⁶, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias⁷.

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 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.”*⁸

⁴ 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.

⁵ “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].

⁶ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

⁷ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

⁸ 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).



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 12 de 68 |

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"*⁹. 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.

Hace referencia al Informe 0029-GPRC/2017¹⁰, 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 CONENHUA para acordar precisar la cláusula contractual referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA 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

⁹ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL.

¹⁰ Dado en el marco de la vigencia de un contrato entre Multivision S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



| | | |
|---|-----------|--|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 Página: 13 de 68 |
| | INFORME | |

fecha las partes no han arribado a un acuerdo sobre este extremo, en tanto CONENHUA 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 CONENHUA 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 CONENHUA a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que CONENHUA 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.

Adicionalmente, AZTECA PERÚ respecto al escrito presentado por CONENHUA¹¹ manifiesta 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 imperativas¹² 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**, así como la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial¹³, **sin que las partes pudiesen pactar en contrario**. En ese sentido, indica que CONENHUA conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones, y no solo a la actualización de los valores de la Metodología a través de una resolución viceministerial.

Consideran que, CONENHUA 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 esa línea, manifiestan que el Contrato de Compartición estaba y continúa estando sujeto al cumplimiento de dicha regla de orden público. Por lo tanto, indica que en el caso negado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el “MTC”) hubiese

¹¹ Recibido el 27 de octubre de 2017.

¹² 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: lus Et Veritas, N°46, 2013, p. 121].

¹³ 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° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 14 de 68 |

modificado la Metodología a través de un Decreto Supremo, las partes hubieran tenido que convenir el recalcule y ajuste del valor unitario señalado en el Contrato de Compartición¹⁴.

AZTECA PERÚ señala que en el presente caso si bien lo que ha variado a través de la emisión de la Resolución Viceministerial son única y exclusivamente los valores porcentuales de las variables “f” y “m”, consideran que se puede verificar que a la fecha CONENHUA ha venido aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología para la determinación de la contraprestación, pues ha considerado que el valor del factor “Na” es uno (1), cuando el valor fijado para dicho factor desde la emisión del Reglamento es tres (3).

AZTECA PERÚ manifiesta que no está solicitando que se modifique la contraprestación pactada a efectos de que se le aplique un nuevo valor arbitrario al factor “Na”, que no guarda correspondencia con la emisión de alguna norma, sino que han solicitado que se aplique el valor correcto para la determinación de la contraprestación. Ello, toda vez que consideran que CONENHUA se encuentra exigiendo una contraprestación que excede tres veces más el precio máximo fijado legalmente.

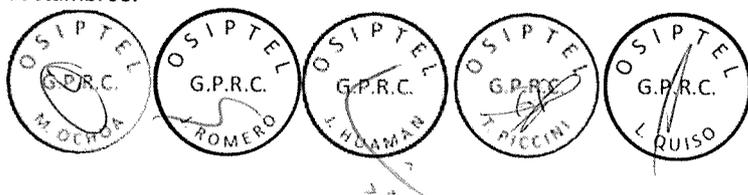
AZTECA PERÚ señala que la aplicación del valor correcto del factor “Na” en la fórmula que determine la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA no desconoce las condiciones económicas pactadas en el Contrato de Compartición, por el contrario, con la aplicación del valor igual a tres (3) del factor “Na” se respetarán los valores fijados para la Metodología en el Reglamento, así como se dará cumplimiento a la norma imperativa que establece la existencia de un precio máximo por uso de la infraestructura eléctrica.

Manifiestan que si bien CONENHUA alegó que AZTECA PERÚ suscribió voluntariamente el Contrato de Compartición, teniendo pleno conocimiento de las condiciones económicas acordadas, cabe señalar que tales condiciones fueron pactadas producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha. Señalan que justamente por dicha asimetría informativa es que en sus primeras cartas solo plantearon a CONENHUA cómo consideraban debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación. Precisan 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.

Manifiestan que la solicitud presentada por AZTECA PERÚ tiene como finalidad que el Consejo Directivo del OSIPTEL, como autoridad en ejercicio de su función normativa-regulatoria, emita un mandato que determine el monto de la contraprestación periódica que debe pagar AZTECA PERÚ a CONENHUA y modifique el Contrato de

¹⁴ 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° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 15 de 68 |

Compartición, a efectos de que la misma cumpla con el precio máximo establecido legalmente. Inclusive, señalan que se debe tener en cuenta que con la emisión de un mandato se ampararía el interés público protegido, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.

En consecuencia, AZTECA PERÚ, manifiesta que a diferencia de lo alegado por CONENHUA, en atención al marco normativo vigente que establece las condiciones imperativas que norman el uso de infraestructura eléctrica para el despliegue y operación de la Red Dorsal, debe actualizarse el valor del factor "Na" para la modificación de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición, a fin de que el monto exigido a AZTECA PERÚ no supere la contraprestación máxima fijada legalmente.

4.2.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución, las partes pueden pactar libremente los términos de un contrato siempre que observen las normas vigentes al tiempo del contrato. En ese sentido, respecto del Contrato, las normas vigentes al tiempo de su suscripción 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 de la Ley N° 29904).

En ese sentido, la libertad contractual de CONENHUA y AZTECA PERÚ, amparada por el artículo 62 de la Constitución, debía ser ejercida conforme a las reglas antes señaladas, entre otras del marco legal vigente.

Cabe mencionar que, aun cuando la infraestructura que es materia de compartición en determinada relación tenga características particulares (p.ej. estar en zonas que



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 16 de 68 |

alcanzan los 5000 msnm, como indica CONENHUA), la contraprestación por el acceso y uso de la referida infraestructura debe determinarse igualmente conforme a las reglas de Ley N° 29904 y su Reglamento, esto es, observando el precio máximo que sea el resultante de la aplicación de la Metodología desarrollada en el Anexo 1 del referido Reglamento.

Ahora bien, CONENHUA señala que la solicitud de AZTECA PERÚ para la emisión de un mandato implica desconocer el Contrato que se encuentra vigente. Respecto de ello, se considera que la vigencia del Contrato no limita a AZTECA PERÚ a negociar o requerir a CONENHUA durante dicha vigencia, la variación de 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, si bien dispone que el contrato es una de las formas de establecer una relación de compartición de infraestructura, no limita a las partes a poder acordar durante la ejecución de la referida relación, la modificación, regulación o extinción de ésta. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTTEL 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 CONENHUA con fecha 18 de agosto del 2017, constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Contrato. Asimismo, la ausencia de respuesta de CONENHUA al referido requerimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, denota la falta de interés de CONENHUA en dar trámite al pedido de AZTECA PERÚ y, ante la falta de acuerdo, el OSIPTTEL queda facultado a intervenir en la vía de mandato a fin de decidir sobre las condiciones económicas vinculadas a la contraprestación periódica del Contrato que AZTECA



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 17 de 68 |

PERÚ considere necesario modificar, regular o extinguir.

Consecuentemente, a través de un mandato de compartición que emita el Consejo Directivo del OSIPTEL 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.

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.

4.2.4 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.2.4.1 Comentarios presentados por AZTECA PERÚ.

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, indican que se confirmó que el OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.

Señala 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.

En esa línea, coinciden en 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. Precisan que dicha situación se evidencia en el presente caso: AZTECA PERÚ solicitó a CONENHUA 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.

Manifiesta que adicionalmente a lo anterior, 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 general (Ley No. 28295) o la Ley de Banda Ancha, no limita de modo alguno que alguna de las partes pueda



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 18 de 68 |

plantear modificaciones a los términos inicialmente incluidos en los contratos de compartición durante su ejecución. Asimismo, indican que tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú, por lo que, ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo del OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos, conforme explica más adelante.

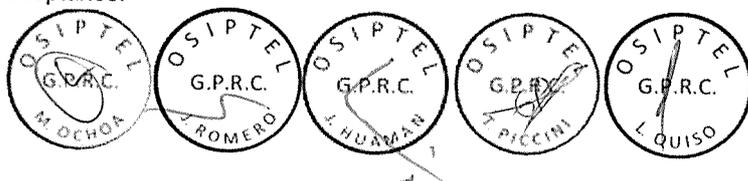
AZTECA PERÚ manifiesta que si bien es cierto que todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una “controversia” si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados¹⁵, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias o una vía distinta a la emisión de un mandato por el Consejo Directivo. Al respecto indican que en primer lugar porque no se pone en discusión la interpretación del texto original del contrato; y, en segundo lugar, porque no están ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de CONENHUA 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 nacional¹⁶.

Considera que a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación¹⁷, **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 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.**

¹⁵ 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.

¹⁶ La infraestructura eléctrica de CONENHUA 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]

¹⁷ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 19 de 68 |

AZTECA PERÚ indica que **el fin propio del OSIPTEL es reguardar 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, considera que el Consejo Directivo es quien debe **redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.**

En tal sentido, señalan 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 el cumplimiento de disposiciones imperativas que resguardan la protección de un interés público) y que si las partes no llegan 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.

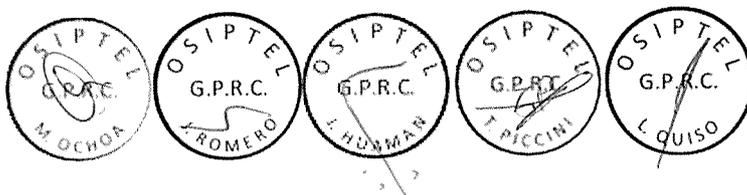
En atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N°00204-GPRC/2017 respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición, donde AZTECA PERÚ y CONENHUA no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicita 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.

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

AZTECA PERÚ señala en sus comentarios al Proyecto de Mandato que coincide con lo desarrollado en el Informe N°00204-GPRC/2017 que sustenta el Proyecto de Mandato, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición donde AZTECA PERÚ y CONENHUA no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato.

Respecto de lo señalado, se reitera lo sustentado en el Informe N°00204-GPRC/2017, respecto de la competencia del OSIPTEL a través del Consejo Directivo, para emitir un mandato que, ante la falta de acuerdo de las partes y a solicitud de una de éstas, modifique una relación de compartición de infraestructura sujeta al marco jurídico definido por la Ley N° 29904, como es el caso del Contrato.

Se reitera además que el marco legal definido por la Ley N° 29904, si bien dispone que el contrato es una de las formas de establecer una relación de compartición de infraestructura, no limita a las partes a poder acordar durante la ejecución de la referida relación, la modificación, regulación o extinción de ésta. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 20 de 68 |

respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.

Según se señaló en el Informe N°00204-GPRC/2017, 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 en el marco de dicha ley, pueden terminar dañando el proceso competitivo o incluso limitando la expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones, generando una situación frontalmente contraria con la propia esencia de Ley N° 29904.

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ:

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. 28295¹⁸, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los 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

¹⁸ “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 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 21 de 68 |

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** (...)”.

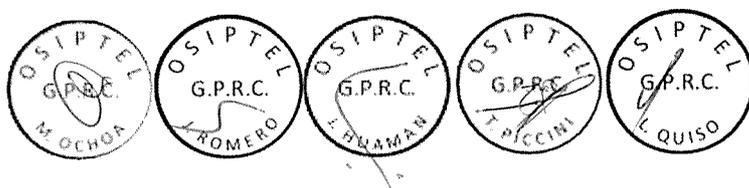
(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

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 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, que 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 22 de 68 |

determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios"¹⁹.

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.

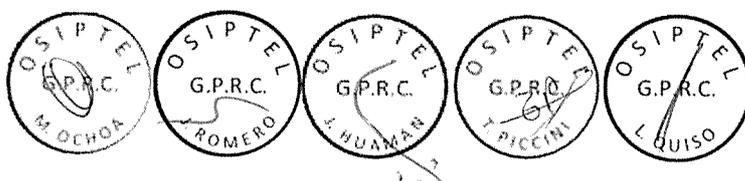
AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro 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 CONENHUA (en adelante, el "Oficio N° 520-2017-MTC/03"). En éste claramente 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

¹⁹ 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 | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 23 de 68 |

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 razonables²⁰.

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

AZTECA PERÚ señala que CONENHUA 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 CONENHUA 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

²⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 24 de 68 |

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 estratégica²¹. 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 CONENHUA es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición²², 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 el OSIPTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

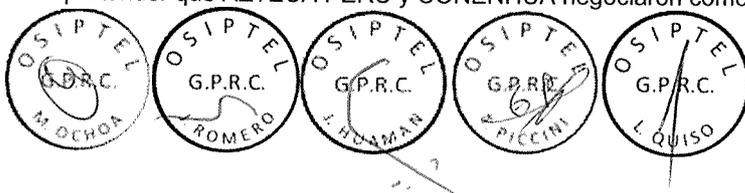
AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), CONENHUA emite una factura que (según nuestros cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.

AZTECA PERÚ precisa que, si bien su responsabilidad es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de CONENHUA 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 Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban

²¹ La infraestructura de CONENHUA resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de CONENHUA, 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 PERÚ en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por CONENHUA, 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.

²² CONENHUA 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 PERÚ y CONENHUA negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 25 de 68 |

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 solicitó a CONENHUA incorporar aquellas referencias en 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, dada la negativa de CONENHUA y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que el 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 CONENHUA 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.

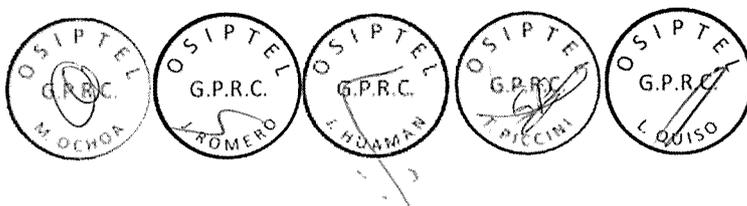
El denominador "Na":

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 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 el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos²³, señalando lo siguiente:

²³ 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.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 27 de 68 |

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 CONENHUA al 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, CONENHUA considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

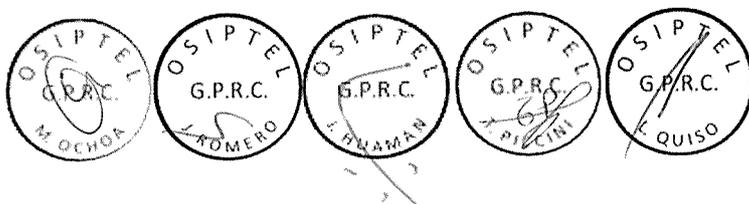
Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que el valor del "Na" que CONENHUA debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es éste el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Indican que ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios 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 espacio²⁶ y de peso²⁷, 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

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

²⁶ 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.

²⁷ 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.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 28 de 68 |

"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**" ²⁸(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.**"²⁹
(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)*

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295³⁰, 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 CONENHUA) que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad³¹.

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 CONENHUA 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

²⁸ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

²⁹ Idem.

³⁰ Ver Nota al Pie No. 20.

³¹ AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología CONENHUA 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 PERÚ costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, CONENHUA ha actuado en contravención del marco jurídico,



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 29 de 68 |

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"*³² (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la 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 informe 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."*³³

³² Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.

³³ Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 30 de 68 |

(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."

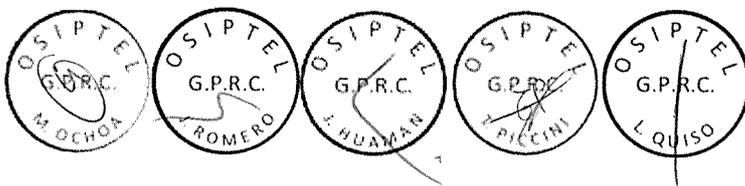
Señala AZTECA PERÚ que de esa manera, su variación en ningún caso puede ser asumida como un cambio en las reglas de contratación, sino que, por lo contrario, deben ser integradas a las relaciones contractuales que hayan celebrado los operadores de telecomunicaciones con los titulares de infraestructura 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 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, CONENHUA 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, CONENHUA tampoco se ha mostrado de acuerdo con respetar la modificación normativa para determinar el precio máximo que podría ser facturado a AZTECA PERÚ. Señala que ello se evidencia en que a pesar que han transcurrido casi 2 meses desde que recibieron su primera comunicación, CONENHUA no ha mostrado la menor disposición para celebrar el addendum a que se refieren los dos últimos párrafos de la cláusula 4.5 del Contrato de Compartición. Indican que CONENHUA había pactado con AZTECA PERÚ que si ocurría alguna modificación en dicha fórmula se suscribiría



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 31 de 68 |

el Addendum al Contrato de Compartición en un plazo máximo de 30 días calendario, lo cual no ha sido observado por la empresa eléctrica.

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 del 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 fijadas³⁴.

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

³⁴ En ese sentido, no nos encontramos frente a un supuesto en el que se vulnere 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 tanto AZTECA PERÚ busca que CONENHUA observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 32 de 68 |

los pronunciamientos del OSIPTEL implican un recalcu automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y CONENHUA.

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 CONENHUA y AZTECA 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 CONENHUA y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de CONENHUA, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

4.3.2 POSICIÓN DE CONENHUA:

CONENHUA está de acuerdo con la actualización del monto pactado considerando los nuevos valores de las variables “f” y “m” de la Metodología para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión, sin embargo indica que con relación al Número de Arrendatarios “Na”, la Resolución Ministerial no modifica dicho factor, por lo cual coordinaran con AZTECA PERÚ la aplicación de un Na en función a las condiciones técnicas de sus instalaciones y no considerar a priori un número determinado.

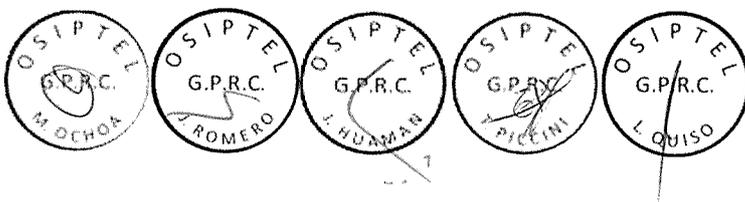
CONENHUA señala, que el número máximo de arrendatarios que es factible dar acceso en sus soportes eléctricos es de dos (02) arrendatarios por cada estructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de las estructuras para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad establecidos en el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables, lo cual fue comunicado a OSIPTEL con carta CONENHUA-GG-120-2016 del 24.10.2016 en respuesta al oficio N° 00523-GPRC/2016.

Manifiesta que la metodología para determinar el factor de distribución de costos entre los arrendatarios de la infraestructura compartida tiene la finalidad de que dichos costos sean repartidos proporcional y equitativamente entre los arrendatarios efectivos de la infraestructura. Por lo cual no es factible considerar un número de arrendatarios teórico.

4.3.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ RESPECTO DE LA POSICIÓN DE CONENHUA:

(i) SOBRE EL VALOR DEL FACTOR “Na” DE LA METODOLOGÍA.

AZTECA PERÚ señala que CONENHUA para la determinación de la contraprestación pactada con AZTECA PERÚ, el factor “Na” equivale a uno (1), en tanto únicamente tienen un arrendatario (AZTECA PERÚ) que soporta un cable de fibra óptica en su infraestructura eléctrica. Asimismo, indican que si bien alegaron que su infraestructura puede soportar hasta dos (2) cables de fibra óptica, concluyen señalando que de



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 33 de 68 |

ningún modo podría entenderse que el valor del factor “Na” se encuentre determinado por el número máximo de arrendatarios a los cuales es factible dar acceso, sino que siempre se tratará del número de los arrendatarios efectivos, esto es, asumir un valor de uno (1).

Al respecto, AZTECA PERÚ señala 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 contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA.**

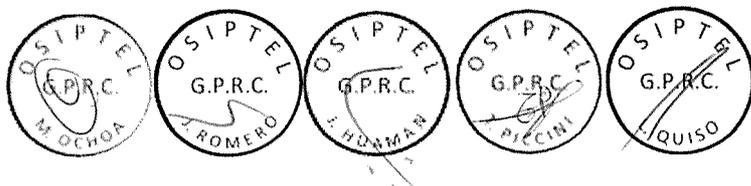
AZTECA PERÚ indica que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el 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, consideran que **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 peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.**

Manifiestan 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”) (**Anexo 3-A**), 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***



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 34 de 68 |

ese resultado; es decir a $f/N_a = 18.3\%/3 = 6.1\%$.

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 N_a 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)³⁵ (énfasis y subrayado agregados).

Asimismo, indican que en su Escrito No. 1, manifestaron que 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 tal como se encuentra explicado por el propio MTC en el Informe N° 292-2017-MTC/26. Al respecto, señalan que el economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

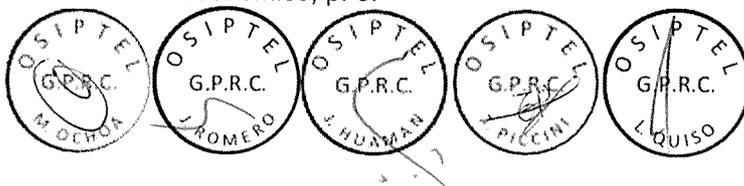
*"El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y N_a (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la 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):

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

³⁵ Ver Informe económico, p. 3.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 35 de 68 |

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

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 $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$.³⁶ (Énfasis y subrayado agregados).

AZTECA PERÚ considera que el Informe N° 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017³⁷, 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. Indican 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) para los postes de media y alta tensión.**

Asimismo, señalan 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 CONENHUA 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

³⁶ Ver Informe económico, p. 7.

³⁷

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° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 36 de 68 |

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\$152 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes ($=\$152.0/3$).³⁸

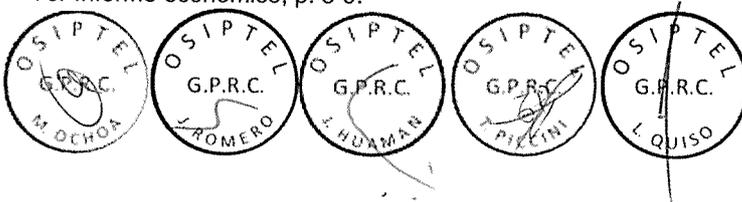
AZTECA PERÚ manifiesta que **la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el 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 permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

Considera 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 CONENHUA 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.

Señalan 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 de 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.

³⁸ Ver Informe económico, p. 8-9.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 37 de 68 |

Señalan también 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).

(...)

El efecto de la caída 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)³⁹

Asimismo, manifiestan 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 USD1.00 dólar: USD 0.72 /apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile⁴⁰

³⁹ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

⁴⁰ Ver Informe económico, p. 4.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 38 de 68 |

“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.”⁴¹

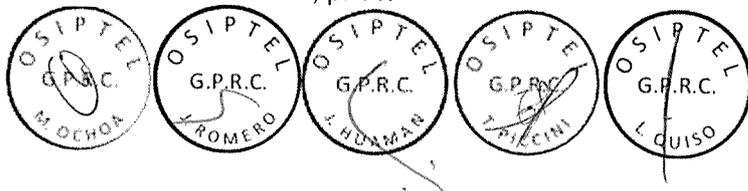
Manifiestan que ha quedado demostrado que a través del sustento económico que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). Ello, dado que **cualquier otro escenario no permitiría garantizar la eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones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

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

Finalmente, AZTECA PERÚ manifiesta 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 No. 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 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, consideran que si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen el 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, consideran 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 de media y alta tensión bajo la Ley No. 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

⁴¹ Ver Informe económico, p. 11.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 39 de 68 |

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 afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.

(ii) SOBRE EL VALOR DE LAS VARIABLES “m” y “f”.

AZTECA PERÚ indica que dado que CONENHUA en su escrito ha señalado que está plenamente de acuerdo en que el Consejo Directivo tenga en consideración los valores dispuestos por la Resolución Viceministerial al momento de modificar la Cláusula Cuatro del Contrato de Compartición, ello no les fue comunicado antes de solicitar la intervención del OSIPTEL.

Al respecto, AZTECA PERÚ indica estar de acuerdo respecto a este punto en específico con CONENHUA, y dado que ya están inmersos en el presente procedimiento, solicitan al Consejo Directivo que tenga en consideración los nuevos valores de dichas variables al momento de determinar la nueva contraprestación que será objeto del Mandato de Compartición.

(iii) 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 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 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 40 de 68 |

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.

4.3.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

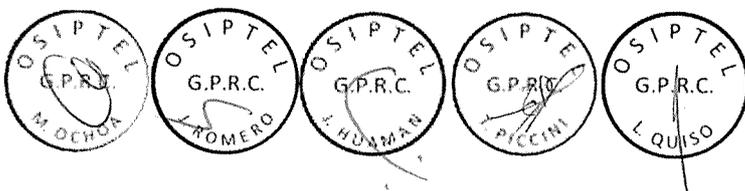
a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual)

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.

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:

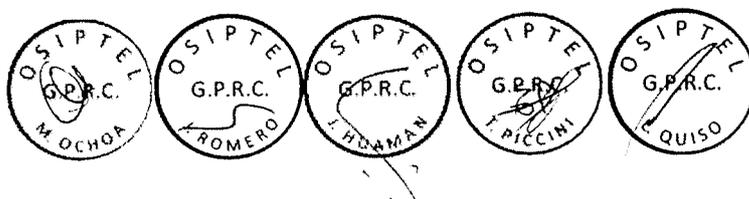
| Cálculo de OMs | Tipo de línea eléctrica |
|------------------------|--------------------------------|
| $OMs = l/12 \times BT$ | Baja Tensión |
| $OMs = h/12 \times BT$ | Media Tensión y/o Alta Tensión |

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.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 42 de 68 |

- 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.

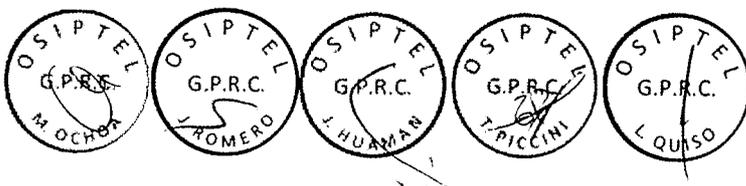
De manera específica, respecto del parámetro "f" se realizó la siguiente modificación:

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

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

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

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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 43 de 68 |

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

En relación a lo señalado por CONENHUA respecto de que el factor “Na” no ha sido modificado por la resolución viceministerial referida anteriormente, se debe señalar que la determinación del valor que corresponde considerar como “Na”, constituye parte del análisis y pronunciamiento del OSIPTEL, en función de sus facultades, al momento de emitir el presente Mandato de Compartición, y el cual está debidamente sustentado en el presente informe.

De esta manera, refiriéndonos concretamente a la normativa vigente, la lectura de la exposición de motivos de la Resolución 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:

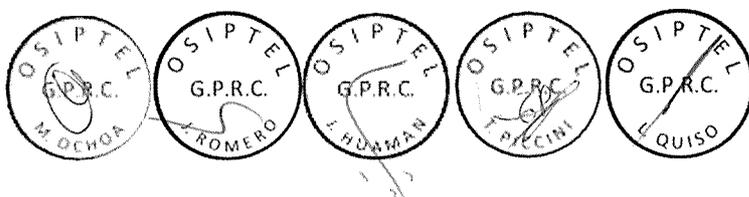
$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\frac{3 \times 139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 44 de 68 |

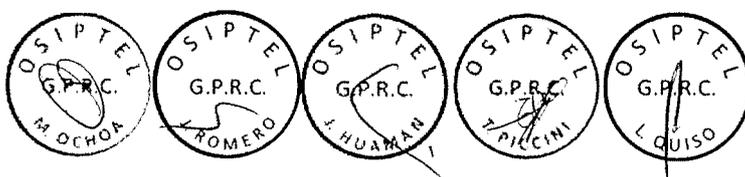
el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26^[42], el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada 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) |
| 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.

⁴² 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° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 45 de 68 |

Eficiencia de aplicar 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 “*f*” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y un “Na” = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por



arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, el considerar un "Na" = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

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

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

Notas:

(*) Por simplicidad, 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 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 47 de 68 |

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 Nº 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁴³, 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).

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 Nº 28295⁴⁴, 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).

⁴³ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.

⁴⁴ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 48 de 68 |

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 Óptica⁴⁵, 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 29904⁴⁶ 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).*

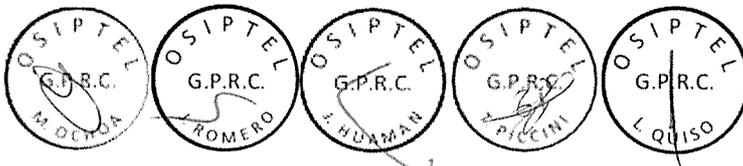
Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja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

⁴⁵ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de Julio de 2012.

⁴⁶ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de noviembre de 2013.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 49 de 68 |

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a CONENHUA.

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a CONENHUA, entre otros, información respecto de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ. Así, mediante carta CONENHUA GG-143-2017 recibida con fecha 03 de noviembre de 2017, CONENHUA reportó información de 287 estructuras de soporte eléctrico instaladas en diversos distritos y provincias del departamento de Huancavelica. Las referidas infraestructuras corresponden a torres de acero de alta tensión (60 KV) de la Línea de Transmisión 60 KV Huancavelica - Ingenio (L-6643) y la Línea de Transmisión 60 KV Ingenio - Caudalosa (L-6644), de las cuales 186 torres están instaladas en zonas de sierra rural de 3500 a 4500 msnm (identificados como "SIR1") y el resto de torres están instaladas en zonas de sierra rural sobre los 4500 msnm (identificados como "SIR2").

Adicionalmente, CONENHUA ha reportado el código de cada estructura, considerando la nomenclatura de la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN, pudiendo identificarse tres (03) de los seis (06) códigos reportados. A continuación se detallan las principales características de las estructuras por cada código reportado y la cantidad de estructuras arrendadas por cada código:

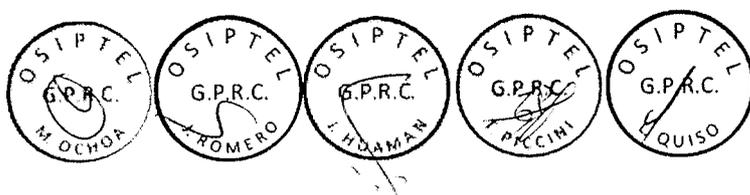
| CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS CON NOMENCLATURA DE LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" | DESCRIPCION DE LA ESTRUCTURA | CANTIDAD (*) | TIPO DE ESTRUCTURA |
|--|---|--------------|---------------------|
| TA060SIR1S1C1120FS+6 | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 115 | Torre de suspensión |
| TA060SIR1S1C1120FA+3 | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 58 | Torre de retención |
| TA060SIR1S1C1120FR+3 | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 13 | Torre de retención |
| TA060SIR2S1C1120FS+6 (**) | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 79 | Torre de suspensión |
| TA060SIR2S1C1120FA+3 (**) | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 17 | Torre de retención |
| TA060SIR2S1C1120FR+3 (**) | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 5 | Torre de retención |

Nota:

(*) La cantidad de estructuras arrendadas a AZTECA PERÚ fue proporcionada por CONENHUA como parte de la información remitida, y coincide con la cantidad señalada en el contrato suscrito entre ambas empresas, en donde se consideran un total de 287 torres de alta tensión de 60 KV, siendo 92 de ellas torres de retención y 195 torres de suspensión.

(**) No se han podido identificar en la referida base de datos.

Sobre esa base, en el siguiente cuadro se muestran los precios de las estructuras de soporte eléctrico que corresponden a cada código reportado por CONENHUA, tomando como base la información contenida en la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN:



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 50 de 68 |

| CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS CON NOMENCLATURA DE LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" | NIVEL DE TENSIÓN | TIPO DE ESTRUCTURA | ZONA | PRECIO DE ESTRUCTURA (US\$ sin IGV) |
|--|------------------|---------------------|------|-------------------------------------|
| TA060SIR1S1C1120FS+6 | ALTA TENSIÓN | TORRE DE SUSPENSIÓN | SIR1 | 4.475,35 |
| TA060SIR1S1C1120FA+3 | ALTA TENSIÓN | TORRE DE RETENCIÓN | SIR1 | 6.119,80 |
| TA060SIR1S1C1120FR+3 | ALTA TENSIÓN | TORRE DE RETENCIÓN | SIR1 | 10.719,79 |
| TA060SIR2S1C1120FS+6 (*) | ALTA TENSIÓN | TORRE DE SUSPENSIÓN | SIR2 | 4.779,09 |
| TA060SIR2S1C1120FA+3 (*) | ALTA TENSIÓN | TORRE DE RETENCIÓN | SIR2 | 6.535,14 |
| TA060SIR2S1C1120FR+3 (*) | ALTA TENSIÓN | TORRE DE RETENCIÓN | SIR2 | 11.447,33 |

Nota:

(*) Los precios de torres de la zona SIR2 (Sierra Rural con altura mayor a 4,500 msnm) se obtuvieron multiplicando a los precios de la zona SIR1 (Sierra Rural con altura de 3500 a 4500 msnm), un factor de ajuste calculado en base a la información contenida en la base de datos "MOD INV_2017", tal como se detalla en la hoja Excel contenida en el Anexo 2 que forma parte del presente informe.

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 los siguientes valores de retribución mensual unitaria (por cada cable de comunicación instalado por el arrendatario).

| CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS CON NOMENCLATURA DE LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" | DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA | RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) (*) |
|--|---|---|
| TA060SIR1S1C1120FS+6 | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 5,70 |
| TA060SIR1S1C1120FA+3 | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 7,80 |
| TA060SIR1S1C1120FR+3 | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 13,60 |
| TA060SIR2S1C1120FS+6 | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 6,10 |
| TA060SIR2S1C1120FA+3 | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 8,30 |
| TA060SIR2S1C1120FR+3 | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 14,50 |

Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.

Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada torre de CONENHUA 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 retribución mensual unitaria multiplicado por el número de arrendatarios de CONENHUA, que según lo señalado por dicha empresa es de dos (02) arrendatarios como máximo, reflejaría el monto total de retribución mensual a ser pagado por los distintos arrendatarios que acceden a la infraestructura de CONENHUA, lo cual cubre



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 51 de 68 |

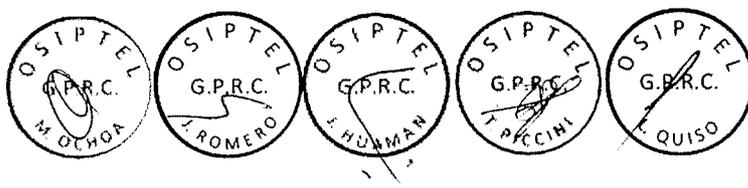
sus costos incrementales de operación y mantenimiento.

| CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS CON NOMENCLATURA DE LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" | RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$ sin IGV) | NÚMERO MÁXIMO DE ARRENDATARIOS | RETRIBUCIÓN MENSUAL POR EL TOTAL DE ARRENDATARIOS (US\$ sin IGV) |
|--|---|--------------------------------|--|
| TA060SIR1S1C1120FS+6 | 5,70 | 2 | 11,40 |
| TA060SIR1S1C1120FA+3 | 7,80 | 2 | 15,60 |
| TA060SIR1S1C1120FR+3 | 13,60 | 2 | 27,20 |
| TA060SIR2S1C1120FS+6 | 6,10 | 2 | 12,20 |
| TA060SIR2S1C1120FA+3 | 8,30 | 2 | 16,60 |
| TA060SIR2S1C1120FR+3 | 14,50 | 2 | 29,00 |

La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por CONENHUA 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 infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.

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 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 (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.
- 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 52 de 68 |

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 CONENHUA, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación del valor de la retribución mensual por arrendatario señalada anteriormente, así como, los valores de retribución mensual por arrendatario, que corresponden a cada una de las **287 estructuras de soporte eléctrico** que CONENHUA arrienda a AZTECA PERÚ, según la información reportada por CONENHUA en el marco del presente procedimiento.

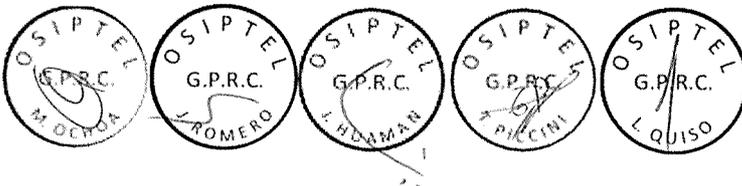
De otro lado, en respuesta a lo manifestado por CONENHUA, en relación a que la metodología para determinar el factor de distribución de costos entre los arrendatarios de la infraestructura compartida tiene la finalidad de que dichos costos sean repartidos proporcional y equitativamente entre los arrendatarios efectivos de la infraestructura, se debe manifestar, tal como se señaló anteriormente, que la formula permite obtener el valor de renta mensual que le corresponde a cada arrendatario, que cubre el costo incremental de operación y mantenimiento, atribuible a cada arrendatario, el cual se origina recién cuando cada uno de éstos instala su cable de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico, por el peso adicional de un cable de comunicación sobre la línea de transmisión.

Finalmente, en relación a lo señalado por CONENHUA sobre que el valor del “Na” debe estar en función de las condiciones técnicas de su infraestructura, lo que en este caso es de dos (02); se debe señalar que lo que se requiere determinar en el presente mandato es la retribución mensual por un arrendatario, por lo que, de acuerdo a lo desarrollado, se debe aplicar un “Na” = 03, al margen del caso particular de la capacidad de la estructura de CONENHUA. Por ejemplo, si hipotéticamente CONENHUA modificara su infraestructura y le fuera factible dar acceso a más arrendatarios de los que le es posible dar actualmente, la retribución mensual por cada arrendatario sería la misma, pero la retribución total (ingreso total de CONENHUA) debería incrementarse debido al aumento en la capacidad de infraestructura. Así, CONENHUA podría cobrar en total, el doble o el triple de dicha retribución mensual fijada por arrendatario, dependiendo el número total de arrendatarios con los que cuente en un momento determinado.

4.3.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.3.5.1 Posición de AZTECA PERÚ.

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 Comunicaciones (“MTC”) en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 53 de 68 |

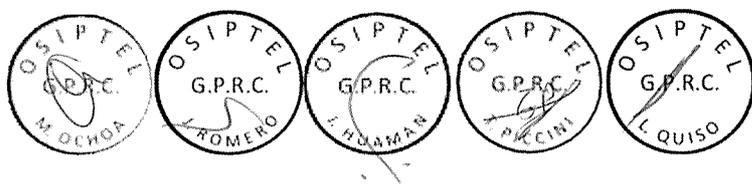
habitual de la infraestructura. En consecuencia, consideran que el valor que corresponde considerar como “Na” es tres (3), en tanto el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de tres arrendatarios, por lo que la aplicación de dicho valor genera que la contraprestación sea la que realmente corresponde abonar por el espacio que ocupa un cable en la infraestructura.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ también sostuvo que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). En efecto, 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, consideran que 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 lo tanto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00204-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.

Indica 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, AZTECA PERÚ señala 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, consideran que 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 N° 251-2013- MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Señalan que 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)



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 54 de 68 |

arrendatarios.

Manifiestan que 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:

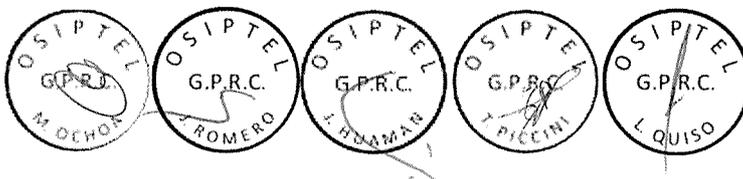
“Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra 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; 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).

En ese orden de ideas, AZTECA PERÚ indica que 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).

Manifiesta que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley N° 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 se adjuntó como Anexo 2-A de su Escrito N° 2.

Por tanto, AZTECA PERÚ considera que corresponde que el Consejo Directo, 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 N° 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. Hacen referencia a la página 39 del Informe N° 00204-GPRC/2017 en donde 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 incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 55 de 68 |

lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.

AZTECA PERÚ manifiesta que lo solicitado en el punto anterior resulta trascendental pues, 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.

Con respecto a lo indicado en el último párrafo de la página 47 del Informe N° 00204-GPRC/2017, AZTECA PERÚ confirma que la renta mensual establecida en la cláusula 4.3 del Contrato de Compartición no refleja de modo cercano alguno la aplicación correcta de la fórmula. Inclusive, se ha podido advertir que el monto allí establecido es mayor al triple de lo que legalmente les hubiera correspondido pagar. Por ello, consideran que el Consejo Directivo debe emitir un pronunciamiento claro respecto a este punto, en el que se afirme dicha situación. En consideración a lo expuesto, AZTECA PERÚ solicita al Consejo Directivo que se precise en el mandato de compartición los siguientes puntos:

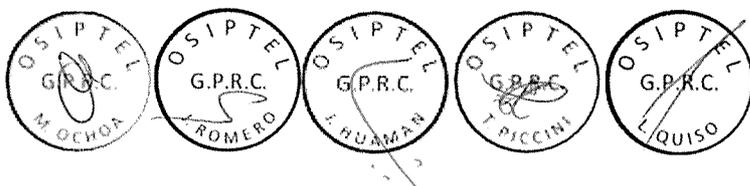
- (i) El valor del factor “Na” igual a tres (3) fue establecido por el MTC desde la entrada en vigencia de la Metodología, conforme se puede verificar de la lectura del Informe N° 251-2013-MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) La contraprestación fijada en la Cláusula 4.3 del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA PERÚ y CONENHUA excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

4.3.5.2 Posición de CONENHUA.

Respecto del comentario de AZTECA PERÚ sobre la aplicación retroactiva de la Metodología, CONENHUA señala que el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de energía Eléctrica” fue suscrito de mutuo acuerdo y voluntariamente entre AZTECA y CONENHUA, haciendo uso de su libertad contractual, situación que se pretende desconocer. Para el efecto, CONENHUA considera que el Mandato de compartición es una disposición que las partes están obligadas a cumplir a partir de su publicación; y que no tiene efectos retroactivos, señalando que si deben considerar que la vía del mandato de compartición no tiene como objeto cuestionar, precisar o interpretar la voluntad de las partes.

4.3.5.3 Posición del OSIPTEL respecto de los comentarios al Proyecto de Mandato:

Resulta relevante 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 56 de 68 |

incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

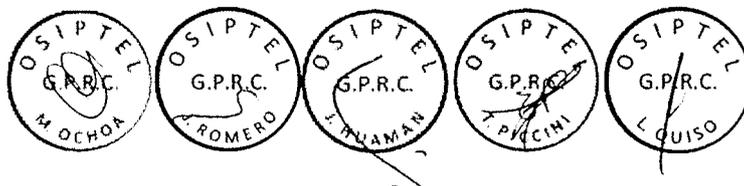
Adicionalmente, se observa que la referida cantidad de arrendatarios es consistente, en la mayoría de los casos, con la capacidad de arrendatarios que soporta la infraestructura eléctrica, de acuerdo a lo reportado por las empresas eléctricas, en el marco de los mandatos de compartición de infraestructura 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/OSIPTTEL | 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/OSIPTTEL | Americatel Perú S.A. | Electro Sur Este S.A.A. | 3 |
| 00006-2016-CD-GPRC/MC | 020-2017-CD/OSIPTTEL | Multivisión S.R.L. | Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. | 1 - 3 (Más frecuente=3) |
| 00005-2016-CD-GPRC/MC | 131-2016-CD/OSIPTTEL | Cable Estación S.R.L. | Electro Puno S.A.A. | 3 |
| 00004-2016-CD-GPRC/MC | 115-2016-CD/OSIPTTEL | Gilat Networks Perú S.A. | Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C. | 3 |
| 00004-2015-CD-GPRC/MC | 119-2015-CD/OSIPTTEL | Tv Cable Digital E.I.R.L. | Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. | 3 |

Respecto a lo solicitado por AZTECA PERÚ de 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), citando para ello el Informe N° 251-2013-MTC/26 de fecha 17 de octubre de 2013, el cual sustentó la propuesta de texto del Reglamento de la Ley N° 29904.

Al respecto, se debe señalar que los Mandatos de Compartición se emiten sobre la base de la normativa vigente al momento de dicha emisión. En el caso particular, se efectúa sobre la base de lo dispuesto por el Anexo 1 del citado Reglamento, con las respectivas modificaciones a los valores de los parámetros "p" y "m" que fueron aprobadas por la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03. De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de Compartición, en este extremo.

De otro lado, respecto de lo afirmado por AZTECA PERÚ en cuanto a que la



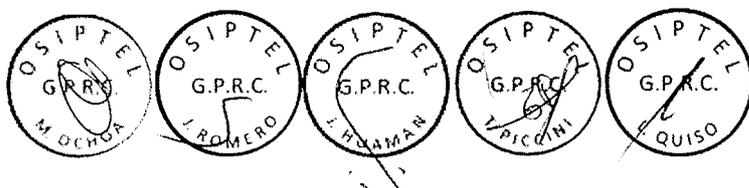
contraprestación fijada en la Cláusula 4.3 del Contrato de Participación suscrito por dicha empresa y CONENHUA excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología, se precisa que si se simulara la aplicación de la fórmula establecida en el citado Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato (aplicando el valor del parámetro "P" = 20%), y considerándole cualquier valor al Na, inclusive un Na = 01, se observa que la retribución mensual pactada en el contrato suscrito entre CONENHUA y AZTECA PERÚ no se sujeta a la aplicación del referido Anexo. Esto es, que la retribución mensual de la fórmula establecida en la norma es menor (en todo caso, distinta) a la retribución que se estipuló en el contrato suscrito entre AZTECA PERÚ y CONENHUA. A modo de ejemplo ilustrativo se muestra la siguiente tabla con Na = 01, del cual se desprende la diferencia entre la retribución pactada en el contrato y la retribución aplicable conforme a la fórmula en el escenario mínimo.

| CÓDIGOS DE ESTRUCTURAS EN LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017" | TIPO DE TORRE | NIVEL DE TENSIÓN | RETRIBUCIÓN MENSUAL MÁXIMA Aplicando la fórmula (Na = 01, US\$ sin IGV) | RETRIBUCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO SUSCRITO EN EL AÑO 2015. |
|---|---------------------|------------------|---|---|
| TA060SIR1S1C1120FS+6 | Torre de suspensión | ALTA TENSIÓN | 18,60 | 44,00 |
| TA060SIR1S1C1120FA+3 | Torre de retención | ALTA TENSIÓN | 25,40 | 50,00 |
| TA060SIR1S1C1120FR+3 | Torre de retención | ALTA TENSIÓN | 44,50 | 50,00 |
| TA060SIR2S1C1120FS+6 | Torre de suspensión | ALTA TENSIÓN | 19,90 | 44,00 |
| TA060SIR2S1C1120FA+3 | Torre de retención | ALTA TENSIÓN | 27,20 | 50,00 |
| TA060SIR2S1C1120FR+3 | Torre de retención | ALTA TENSIÓN | 47,60 | 50,00 |

Tal como se puede apreciar, en efecto, las retribuciones pactadas en el contrato de acceso suscrito entre las partes, no están justificadas en la aplicación del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Conviene precisar que el ejemplo ilustrativo detallado anteriormente se efectúa sin perjuicio de las acciones que correspondan conforme a la normativa vigente con respecto a la aplicación imperativa del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 por parte de las empresas concesionarias involucradas. En tal sentido, las consecuencias que se deriven de la verificación del cumplimiento de la normativa pertinente será objeto de análisis en el procedimiento correspondiente para tal fin.

De otro lado, respecto de lo manifestado por CONENHUA, debemos señalar que cuando se suscriben los contratos 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 58 de 68 |

1 de su Reglamento. Esto incluye a sus modificatorias, para lo cual se podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

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.

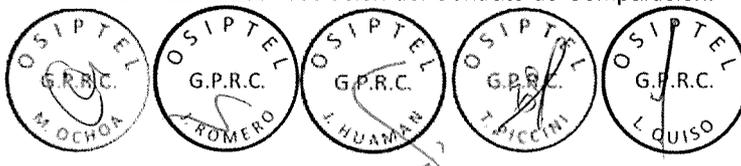
En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación fijada utilizando la metodología y parámetros establecidos en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, y modificatorias; razón por la cual se requiere la modificación de la retribución pactada en el contrato suscrito entre CONENHUA y AZTECA PERÚ. No obstante, la aplicación del referido mandato es a partir de su entrada en vigencia, quedando a salvo el derecho de AZTECA PERÚ de recurrir a las instancias que correspondan, si considera que le asiste el derecho respecto a lo solicitado.

4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.

4.4.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ:

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA. 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 CONENHUA. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, 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 delicada⁴⁷; lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación

⁴⁷ 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 Compartición.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 59 de 68 |

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 Compartición, AZTECA PERÚ tiene la obligación de desmontar el cable de la Red Dorsal y sus accesorios de la infraestructura de CONENHUA, puesto que, de no hacerlo, será este último quien ordene el retiro de los cables. Considera que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de CONENHUA 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 eléctrica⁴⁸, 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 CONENHUA, 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 CONENHUA.

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 Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos

⁴⁸ 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 CONENHUA.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 60 de 68 |

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 OSIPTEL, 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.

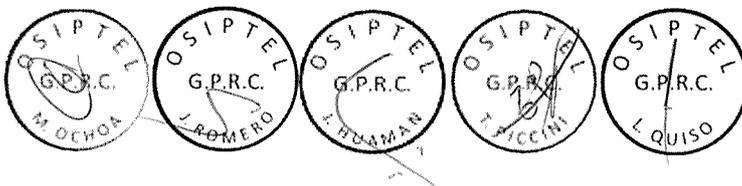
4.4.3.1 Posición de AZTECA PERÚ.

AZTECA PERÚ señala que el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y CONENHUA 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.

AZTECA PERÚ entiende que los efectos del mandato de compartición no son retroactivos, pero 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. 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 entre las partes respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato.

4.4.3.2 Posición de CONENHUA.

CONENHUA señala que su contrato con AZTECA PERÚ a la fecha se mantiene vigente y que lo solicitado por AZTECA PERÚ de “precisar” que las partes podrán acudir al mecanismo de Solución de Controversias, no es más que justificar el acceso a una vía que no es la correcta y que trasluce el interés de AZTECA PERÚ de desconocer las facturaciones efectuadas por CONENHUA desde el mes de agosto a la fecha que se mantienen impagas.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 61 de 68 |

4.4.3.3 Posición del OSIPTEL respecto a los comentarios al Proyectos 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 COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE CONENHUA.

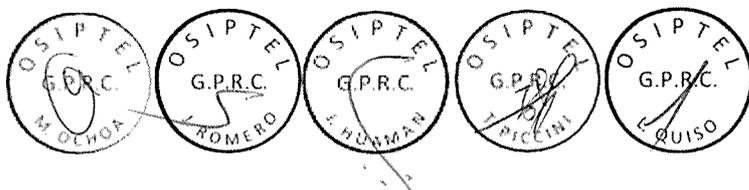
4.5.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ:

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, CONENHUA 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 CONENHUA 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 CONENHUA por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.

4.5.2 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.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 62 de 68 |

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 Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y CONENHUA en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.

4.6 LAS CONDICIONES 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 12 de marzo de 2015, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.

4.6.1 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.6.1.1 Posición de AZTECA PERÚ.

AZTECA PERÚ indica que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la cláusula 4.3 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 CONENHUA por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Al respecto, considera que resulta necesario que adicionalmente a la modificación del numeral 4.3 del Contrato de Compartición, también se ordene la modificación del numeral 4.5 de dicho pacto. Ello, en tanto 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.

Consideran que la retribución mensual puede ser modificada cuando: (i) el Viceministerio de Comunicaciones disponga el cambio del valor de alguna variable; o, (ii) se modifique la fórmula de cálculo mediante Decreto Supremo. 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 recalcule 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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 63 de 68 |

dispuesta por el MTC implique una reducción en el monto de la retribución mensual.

En esa línea, AZTECA PERÚ propone que el numeral 4.5 de la cláusula que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición sea modificado conforme al siguiente texto:

“4.5. (...) 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 fórmula referida en el numeral 4.3 varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen que AZTECA tenga que pagar a CONENHUA 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.”

Por lo tanto solicita al Consejo Directivo que también se modifique la cláusula referida a la contraprestación del Contrato de Compartición en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, cuando sea menor a la consignada en el numeral 4.3. del contrato, conforme ha sido anteriormente propuesto.

4.6.1.2 Posición del OSIPTEL respecto de los comentarios al Proyecto de Mandato.

En atención a lo manifestado por AZTECA PERÚ, se han considerado como parte del Anexo 1 del presente Mandato de Compartición, las consideraciones necesarias para la aplicación de la retribución mensual establecida, como son, las referidas al otorgamiento de una carta fianza que asegure el pago de las retribuciones mensuales por el acceso y uso de la infraestructura de CONENHUA, el plazo de AZTECA PERÚ para el pago de la factura correspondiente, entre otras, manteniéndose así, la consistencia con anteriores pronunciamientos del OSIPTEL en cuanto a las condiciones económicas en Mandatos de Compartición de Infraestructura de soporte eléctrico.

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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 64 de 68 |

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.

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 CONENHUA que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 12 de marzo de 2015.

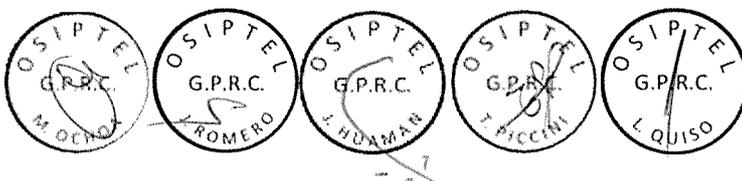
6. ANEXOS

- Anexo 1.- Retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA.
- Anexo 2.- Cálculo detallado de la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA.

Atentamente,



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



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 65 de 68 |

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE CONENHUA

Modificar la Cláusula Cuarta (Retribuciones) del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y CONENHUA el 12 de marzo de 2015, con la siguiente redacción:

“Cuarta.- *Retribuciones*

4.1 *La contraprestación por el uso de la infraestructura de CONENHUA (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" | DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE CONENHUA (TORRES DE ACERO DE ALTA TENSIÓN) | RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO - US\$ sin IGV (*) | CANTIDAD |
|----|---|---|--|----------|
| 1 | TA060SIR1S1C1120FS+6 | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 5,70 | 115 |
| 2 | TA060SIR1S1C1120FA+3 | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 7,80 | 58 |
| 3 | TA060SIR1S1C1120FR+3 | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 13,60 | 13 |
| 4 | TA060SIR2S1C1120FS+6 | Torre de suspensión tipo S1 (5°)Tipo S1+6 | 6,10 | 79 |
| 5 | TA060SIR2S1C1120FA+3 | Torre de ángulo menor tipo A1 (30°)Tipo A1+3 | 8,30 | 17 |
| 6 | TA060SIR2S1C1120FR+3 | Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3 | 14,50 | 5 |

(*) 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 CONENHUA, y al costo de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN.



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 66 de 68 |

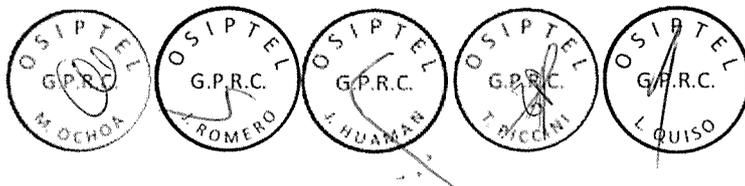
La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de CONENHUA por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por CONENHUA 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 CONENHUA 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 CONENHUA 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 CONENHUA 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 CONENHUA, 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 CONENHUA, 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 CONENHUA, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de CONENHUA 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 CONENHUA, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la

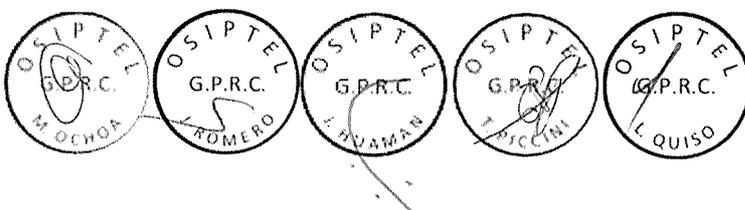


| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 67 de 68 |

retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.

Ambas partes acuerdan que las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de CONENHUA, 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.

4.2 *Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el período de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada, comprendiendo la misma, a la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas. CONENHUA tendrá a su cargo la adecuación de su infraestructura, debiendo AZTECA PERÚ asumir el pago de la adecuación, de forma proporcional. El monto que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable, conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 29904.”*



| | | |
|---|-----------|--------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 00047-GPRC/2018 |
| | INFORME | Página: 68 de 68 |

ANEXO 2

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

(En Disco Compacto)

