

2018 MAR 14 PM 3:35

RECIPIENTE

DJ-493/18

Expediente No. : 00017-2017-CD-GPRC/MC
Referencia : C. 00055-GPRC/2018
Escrito No. : 2
Sumilla : Absolución del escrito
presentado por ENSA

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

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

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

Que, luego que ENSA manifestara claramente a AZTECA que no estaba de acuerdo con los planteamientos contenidos en nuestras cartas y habiendo transcurrido en exceso el plazo a que se refiere el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, el 29 de diciembre de 2017, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura, a fin de que se modifique la contraprestación por uso compartido de infraestructura luego de que no pudiera arribar a un acuerdo con ENSA, requiriendo lo siguiente¹:

- (i) que se modifique el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición de modo que se precise que el denominador "Na" (número de arrendatarios) a que se refiere la Metodología tiene un valor igual a tres (3), salvo que medie expresa disposición contraria por parte de la autoridad competente.
- (ii) que, en función a la correcta aplicación de la Metodología, conforme fue planteado por AZTECA, se calcule e incluya en el numeral 6.4 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición el monto de las contraprestaciones periódicas que debe pagar a ENSA por el uso compartido de su infraestructura.

¹ Ver Sección IV de nuestro Escrito No. 1.



Que, el 6 de febrero de 2018, fuimos notificados la Carta C. 00055-GPRC/2018 a través de la cual la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (la "Gerencia") nos corre traslado del escrito presentado por ENSA el 31 de enero de 2018 en el marco de la tramitación del expediente de la referencia. Por ello, a continuación, procedemos a **absolver la comunicación presentada por ENSA** en los siguientes términos y **reiteramos nuestra solicitud de emisión de un Mandato de Compartición**.

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

- 1.1. A criterio de ENSA, la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y las normas sobre compartición de infraestructura únicamente señalan que el Consejo Directivo es competente para emitir un mandato cuando las partes no han podido arribar a un acuerdo al momento de la suscripción de un Contrato de Compartición, es decir, sólo al inicio de la relación de acceso, más no una vez que ella ha sido entablada. Por ello, erradamente consideran que, en este caso, en el que se busca modificar las condiciones económicas inicialmente pactadas, OSIPTEL no tendría competencia para emitir un mandato, sino que las partes tendrían que regirse necesariamente por los términos y condiciones pactadas inicialmente. Por ello, creerían que un pronunciamiento del Consejo Directivo sobre nuestra solicitud del mandato vulneraría el principio de legalidad al suponer un ejercicio indebido de su función normativa.
- 1.2. Sobre el particular, no es correcto sostener que el Consejo Directivo no tiene competencia para dictar un mandato de compartición en este caso, como equivocadamente sostiene la contraparte. En efecto, corresponde recordarle a ENSA en qué consiste la función normativa de los organismos reguladores y, particularmente del Consejo Directivo de OSIPTEL, en lo que se refiere a su competencia para dictar mandatos. Ello, a efectos de que quede claramente demostrado que un pronunciamiento respecto de nuestra solicitud de mandato de compartición de ningún modo constituye una actuación fuera de las atribuciones del Consejo Directivo ni una vulneración al principio de legalidad, como falsamente quiere aparentar ENSA.
- 1.3. Como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la "Ley de Organismos Reguladores"), la función normativa "*comprende la facultad de **dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y **mandatos** u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios***" (énfasis y subrayado agregado). Precisamente, la ley que fija las competencias para los organismos reguladores como OSIPTEL es clara en establecer que **tienen la facultad para dictar mandatos en el ámbito de sus competencias, sin que se establezcan límites temporales o momentos específicos en los que se pueda ejercer esta atribución**. Particularmente, la función normativa de OSIPTEL² es ejercida por

² **Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**
Artículo 23.- Definición de Función Normativa
La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas

su Consejo Directivo³ y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

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

LEY DE BANDA ANCHA

"Artículo 32. Supervisión

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

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

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

- 1.5. Por lo tanto, el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso compartido de infraestructura. Así pues, esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado ENSA. Por el contrario, es claro que la atribución permite el dictado de mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.
- 1.6. Lo que pretende ENSA es hacer creer que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentra regulada en el artículo 25 del Reglamento, lo cual es

condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

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

(Énfasis y subrayado agregado)

³ **Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**

Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa

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

(Énfasis y subrayado agregado)



totalmente falso. En efecto, la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha no se sujetan a lo que señalaría una norma de inferior jerarquía: el Reglamento. Así, ENSA se equivoca cuando busca sustentar que el Reglamento define el alcance de las competencias de OSIPTEL y establece límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato, pues estaría interpretando que prima el contenido de una norma reglamentaria sobre lo que establecen las leyes.

- 1.7. A diferencia de lo que ENSA alega en sus escritos, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha. Por ello, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente a dichas leyes y no entenderse como una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. Por tanto, la atención de nuestra solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituye un exceso a la función normativa del Consejo Directivo y, menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución de OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.
- 1.8. Adicionalmente, el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las **condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura** y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición si así lo solicita el operador de telecomunicaciones, disponiendo la inclusión de regulaciones vinculantes para ambas partes⁴. Por ello, teniendo en cuenta el marco legal que fija las competencias del Consejo Directivo, claramente el artículo 25.3 del Reglamento no limita la oportunidad de la emisión del mandato hasta la suscripción del Contrato de Compartición, sino también cuando no exista un acuerdo sobre alguna condición que tenga repercusión en el uso compartido de la infraestructura, como es la contraprestación.
- 1.9. En consecuencia, cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que 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.
- 1.10. A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que carecería de sentido afirmar que únicamente el Consejo Directivo puede dictar mandatos cuando no exista un acuerdo antes de la suscripción del Contrato de Compartición, pues significaría que OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público,

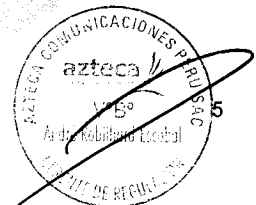
⁴ Al respecto, cabe recordar lo que ha sido desarrollado en nuestros escritos anteriores, respecto de que en la figura de los mandatos nuestro ordenamiento recoge lo que la doctrina alemana llama "*regulación escalonada*", es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos.



puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en las que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

- 1.11. Sobre este punto, ENSA alegó que la protección del interés público de compartición de infraestructura para garantizar el despliegue y operación de la Red Dorsal no habilita a OSIPTEL a intervenir en el ámbito privado y modificar el Contrato de Compartición. Sin embargo, como se ha demostrado, la normativa vigente es la que otorga facultades expresas al Consejo Directivo para emitir mandatos en el ámbito de su competencia, entre lo que se encuentra asegurar el cumplimiento de la legislación sobre acceso y uso compartido de infraestructura, sin que existan restricciones de ningún tipo, menos de un límite temporal.
- 1.12. Por ello, el hecho que OSIPTEL también tenga entre sus funciones garantizar la protección de un interés público, únicamente refuerza que el Consejo Directivo sea competente para emitir un mandato en este caso, pues a través del pronunciamiento también se asegurará que continúen las operaciones de la Red Dorsal de manera ininterrumpida.
- 1.13. Se puede advertir que nuevamente ENSA desvía la discusión de lo central, pues no es que OSIPTEL deba abstenerse de intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sin embargo, lo cierto es que si el Consejo Directivo no interviene estará dejando de ejercer su competencia y, con ello, desprotegiendo el interés público. De ese modo, este asunto consiste en ejercer la competencia reglada en el supuesto en que se requiera modificar la contraprestación pactada. En ese orden de ideas, la elección que tiene que realizar el Consejo Directivo está entre emitir o no un mandato legal en una relación jurídica sujeta a regulación de precio máximo.
- 1.14. Así pues, como ha podido evidenciarse, la oportunidad para que se emita un mandato vinculado a asegurar el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios de telecomunicaciones estará siempre que las partes no acuerden algún aspecto sobre la relación de compartición, sea para la suscripción del contrato o durante su ejecución, a fin de que pueda cumplirse efectivamente con la protección del interés público. En tal sentido, a diferencia de lo que argumenta ENSA, en estricto cumplimiento de su función normativa y de su competencia para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, el Consejo Directivo se encuentra facultado para dictar un mandato y modificar las condiciones económicas ante la evidente falta de acuerdo entre las partes respecto de un tema regulado (la contraprestación por el uso compartido de infraestructura).
- 1.15. Además, lo desarrollado en el presente acápite ha sido reconocido en pronunciamientos previos del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo⁵, como ha sido ampliamente explicado en nuestros anteriores escritos, por lo que de modo alguno constituye una nueva interpretación sin fundamento de AZTECA sobre las competencias de OSIPTEL para la emisión de mandatos. Por el contrario, la facultad del Consejo Directivo para modificar condiciones económicas pactadas inicialmente ya ha sido reconocido, teniendo esos pronunciamientos absoluta validez por estar acordes con el marco normativo.

⁵ Caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



- 1.16. Ahora bien, debe recordarse que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación⁶. Sin embargo, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ante la falta de acuerdo frente a la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**
- 1.17. Ciertamente, el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. No puede negarse que en relaciones contractuales cada una de las partes conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o para la integración de nuevas condiciones.
- 1.18. En efecto, 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. Además, se debe tener en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierta la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la que bien podrían estar vulnerando un interés público protegido (como en este caso).
- 1.19. Precisamente, se debe recordar que en el presente caso lo que AZTECA solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura, pues la retribución mensual fijada en el Contrato de Compartición no respetaba el precio máximo legal que se determina en aplicación de la Metodología. En ese orden de ideas, el desacuerdo de la renegociación obedece a que ENSA se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, exigir el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal. Esta situación nos resulta insólita, pues ENSA, quien alega erróneamente y sin motivo una vulneración al principio de legalidad en este caso para la emisión del mandato, es quien vulnera la normativa vigente al exigir una contraprestación mucho mayor al máximo permitido.
- 1.20. En atención a lo expuesto, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo de OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura. En consecuencia, ha quedado demostrado que el Consejo

⁶ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.

Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato de compartición de infraestructura.

II. NO ESTAMOS ANTE UNA CONTROVERSIA QUE DEBA SER RESUELTA POR UN CUERPO COLEGIADO O UN TRIBUNAL ARBITRAL O EN EL FUERO JUDICIAL

- 2.1. ENSA argumenta equivocadamente que el ajuste de la contraprestación por el uso de su infraestructura eléctrica que hemos solicitado a efectos de observar lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento, constituye una discrepancia contractual o interpretativa. Por ello, a su errado criterio, considera que estamos frente a una controversia que debe ser resuelta por un Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, un Tribunal arbitral o en el fuero judicial (de acuerdo con lo que se encuentre pactado en el Contrato de Compartición), por lo que hace referencia en su escrito que ha presentado un reclamo ante el Cuerpo Colegiado para que resuelva la supuesta controversia que habría entre las partes respecto a una interpretación normativa.
- 2.2. Sobre el particular, se observa que ENSA pretende no entender la naturaleza de la pretensión de AZTECA en este procedimiento: **ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, AZTECA ha requerido la modificación de los términos contractuales en lo referido a la contraprestación y no está discutiendo aquí la interpretación o aplicación del texto original de los Contratos de Compartición.** Por lo mismo, no estamos ante una controversia o discrepancia vinculada a la lectura u observancia del contrato original, sino ante la negociación de un acuerdo complementario en un mercado regulado, que ante la negativa de ENSA, legitima la intervención exclusiva del OSIPTEL, por lo mismo, no se trata de una materia arbitrable, judicial o que pueda ser sometida a un cuerpo colegiado.
- 2.3. Si bien todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una "controversia" si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados⁷, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias. Menos aún cuando la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen claramente que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura a favor de la Red Dorsal está sujeta a un "precio máximo" regulado y que **el OSIPTEL es el competente para velar por el cumplimiento de dicha disposición.**
- 2.4. Al mismo tiempo, no se puede ignorar que ésta es una materia que no depende exclusivamente de su voluntad y la de AZTECA, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes, para la ejecución de un proyecto de interés nacional.
- 2.5. Así pues, tenemos al menos una circunstancia que limita la libertad contractual de las partes: la contraprestación contractual siempre estará sujeta (imperativamente) a un precio máximo calculado

⁷ 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 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.

siguiendo la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Si AZTECA y ENSA no convienen en la aplicación de una (nueva) contraprestación menor o igual al precio máximo resultante de la Metodología, a solicitud de una de las partes, OSIPTEL debe intervenir a efectos de regular dicha condición. Cabe indicar también que **el valor del precio máximo no es una condición respecto a la cual AZTECA pueda renunciar o disponer.**

- 2.6. En línea a lo anterior, corresponde precisar que tampoco estamos frente a un supuesto en el que AZTECA se encuentre solicitando la modificación de los Contratos de Compartición como consecuencia de un cambio normativo. Por el contrario, se observa que las condiciones que fueron pactadas entre ENSA y AZTECA siempre estuvieron sujetas a las normas imperativas sobre acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operatividad de la Red Dorsal, como lo es la existencia de un precio máximo por la compartición de infraestructura, por lo que AZTECA únicamente solicita **que los Contratos de Compartición sean enmendados de modo que la contraprestación se ajuste a** el valor unitario resultante de aplicar: (i) los nuevos valores de ciertas variables aprobados por la Resolución Viceministerial, bajo la misma metodología prevista en el Reglamento; y, (ii) el valor igual a tres (3) del factor "Na" que fue fijado de ese modo desde la emisión del Reglamento. Que la posición de AZTECA se encuentre respaldada en disposiciones normativas no enerva la procedencia de su solicitud de mandato.
- 2.7. Ahora bien, si bien ENSA alega reiteradamente que la contraprestación se ajusta a lo establecido normativamente debido a que el Contrato de Compartición hace referencia a que se determinará en aplicación de la Metodología del Reglamento, corresponde enfatizar que atribuir valores incorrectos en la fórmula metodología, como lo que sucede en el presente caso, genera que la retribución que ENSA exige a AZTECA sea por lo menos tres (3) veces mayor al precio máximo fijado legalmente. Ciertamente, en tanto ENSA continúa atribuyéndole al denominador "Na" un valor igual a uno (1), se encuentra vulnerando lo establecido en la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, pues no se encuentra aplicando la Metodología tal y como se encuentra establecida en la normativa y exige una contraprestación a todas luces superior a la que corresponde por el arrendamiento de su infraestructura.
- 2.8. Además, se debe tener en cuenta que esta situación no se presenta únicamente ante una renegociación, así pues, si en este momento ENSA y AZTECA recién estuvieran negociando por primera vez los términos de su contrato de acceso y uso de infraestructura, la contraprestación constituiría un término respecto al cual sólo podríamos negociar un precio menor al precio máximo resultante de la correcta aplicación de la Metodología. En dicho escenario como en el actual, cuando ENSA y AZTECA no arriben a un acuerdo respecto de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, pueden acudir al Consejo Directivo de OSIPTEL para que, en ejercicio de su función normativa, emitan un mandato que fije a cuánto ascenderá la retribución en estricto cumplimiento de las reglas imperativas.
- 2.9. Por lo expuesto, queda claro que la adecuación de la contraprestación pactada a efectos de que no supere el precio máximo fijado constituye una materia regulada que debe ser evaluada por el OSIPTEL⁸. Ello, puesto que es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las

⁸ "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

- disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica⁹, en tanto debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias¹⁰.
- 2.10. Al mayor abundamiento, debemos señalar que el 30 de enero de 2018, AZTECA presentó al Cuerpo Colegiado AdHoc una EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en atención a la evidente falta de competencia de dicho órgano respecto de la materia que el Grupo Distriluz, en el que se encuentra presentado ENSA, ha sometido a dicho procedimiento (Anexo 2-A).
- 2.11. Conforme se explica detalladamente en dicho escrito, para que el Cuerpo Colegiado pueda abocarse a resolver una reclamación es necesario (i) que existan intereses contrapropuestos entre las empresas de telecomunicaciones y la empresa eléctrica, (ii) que dicha controversia haya derivado de acciones u omisiones que puedan afectar o afecten el mercado de los servicios públicos de telecomunicación y (iii) que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado no implique atribuirse competencias propias de otros órganos dentro de OSIPTEL.
- 2.12. Resulta evidente que escapa del ámbito del Cuerpo Colegiado atender consultas de parte sobre la aplicación o su interpretación del marco jurídico, así como el establecer las condiciones técnicas, legales o económicas que deben regir una relación de compartición, aún cuando las empresas involucradas manifiestan no llegar a un acuerdo. Esta última prerrogativa, como hemos señalado en este escrito, es exclusiva al Consejo Directivo, organismo que ejerce la **función normativa-regulatoria** del OSIPTEL, que comprende dictar mandatos a efectos de crear o modificar obligaciones o derechos en las relaciones jurídicas que existen entre las empresas de telecomunicaciones y los titulares de infraestructura eléctrica.
- 2.13. En atención a lo señalado, como hemos podido demostrar, la naturaleza de la pretensión de AZTECA es la emisión de un mandato ante una (re)negociación infructuosa de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, para que se sujete al precio máximo fijado en la normativa vigente en la materia. Por tanto, no constituye una controversia que pueda ser resuelta por el Cuerpo Colegiado o en el fuero arbitral o judicial, sino que exclusivamente, por la función normativa que ejerce, el Consejo Directivo es el único que podría resolver el conflicto existente entre ENSA y AZTECA.

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]

⁹ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

¹⁰ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.



III. LA REFERENCIA A CÓMO SE NEGOCIÓ LA CLÁUSULA REFERIDA A LA CONTRAPRESTACIÓN Y LA ALEGACIÓN SOBRE QUE LA MODIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN SÓLO PUEDE DARSE POR ORDEN DE UNA NORMA DEBEN SER DESESTIMADAS

- 3.1. En sus escritos ENSA realiza diferentes afirmaciones respecto a cómo se llegó a negociar el Contrato de Participación, señalando que AZTECA aceptó que el valor del denominador "Na" de la Metodología tiene un valor igual a uno (1), por lo que nos encontraríamos impedidos de alegar que dicho valor es incorrecto y solicitar su modificación. Asimismo, ENSA equivocadamente señaló que la contraprestación únicamente puede ser modificada cuando alguno de los valores de la Metodología una norma lo señale expresamente y, atendiendo que en este caso no existe disposición alguna que cambie el valor del denominador "Na", no correspondería atribuirle un valor igual a tres (3). No obstante, como demostraremos en este acápite, **además de ser inexacta, esta afirmación está fuera de lugar si tenemos en cuenta el objeto del presente procedimiento.**
- 3.2. En primer lugar, desde su primera comunicación, **AZTECA ha manifestado claramente su intención de que se varíen las condiciones económicas previstas en el Contrato de Participación**, es decir, que justamente se modifique la cláusula de la contraprestación en lo que respecta al valor unitario por punto de apoyo (cuyo recálculo hemos solicitado al Consejo Directivo que realice). Ello, en tanto AZTECA advirtió con el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017¹¹, que sustenta la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "Resolución Viceministerial"), que el valor correcto del denominador "Na" - desde la emisión del Reglamento - es igual a tres (3), por lo que en atención a dicho sustento solicitó a ENSA la modificación de la contraprestación, dado que estaría existiendo una equivocada aplicación de la Metodología. Por lo mismo, no tiene sentido traer a colación las comunicaciones referidas a la negociación inicial de la retribución para el Contrato de Participación, pues precisamente AZTECA ha reconocido que las mismas se sustentan en un error en la atribución del valor del "Na" y, por ello, no estamos de acuerdo que se siga manteniendo la aplicación equivocada de la Metodología y buscamos modificar la contraprestación.
- 3.3. Así pues, ENSA trata de confundir al Consejo Directivo dando a entender que como AZTECA suscribió un Contrato de Participación, en el que se habría entendido una aplicación equivocada del valor del denominador "Na" de la Metodología, no podría solicitar la aplicación del valor correcto de la variable ni la modificación de la contraprestación inicialmente pactada. Sin embargo, es claro que ninguna de las partes se encuentra "atada" de modo indefinido a los términos iniciales que se pactaron en un contrato, menos aún cuando efectivamente se ha evidenciado que dichas condiciones vulneran el marco normativo vigente.
- 3.4. En efecto, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no solo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de participación, 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

¹¹ http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metologia_M_y_F.pdf (revisado el 9 de marzo de 2017)

- relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas. Además, en el presente caso, debe tenerse en cuenta que la propuesta de cambio de condiciones económicas obedece a que una de las partes advirtió la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición y existe una evidente vulneración a un interés público protegido.
- 3.5. En esa línea, tampoco es cierto que las condiciones económicas pactadas inicialmente en un Contrato de Compartición únicamente puedan ser modificadas cuando, vía Resolución del Viceministerio de Comunicaciones, de modifiquen las variables "m," "f", "h" e "l". Si bien los cambios normativos también afectan el precio máximo y en determinado contexto significará la modificación de la contraprestación por uso compartido de infraestructura, ENSA no puede negar que la renegociación de la contraprestación se puede dar en cualquier momento por voluntad de alguna de las partes o, como sucedió en este caso, luego de advertir que la retribución vulnera una disposición imperativa como consecuencia de la aplicación incorrecta de la Metodología.
- 3.6. Sobre este punto, corresponde resaltar que ninguna norma ha modificado el método de cálculo del valor unitario por uso compartido de infraestructura eléctrica contenido en el Anexo 1 del Reglamento. La Metodología sigue siendo la misma publicada en el año 2013. En ese sentido, AZTECA en ningún momento ha afirmado que el método de cálculo ha sido modificado y menos por una disposición normativa. Por el contrario, nuestra posición es que hemos advertido que se ha estado aplicando incorrectamente la Metodología, toda vez que se atribuía al denominador un valor igual a uno (1), lo que generó que AZTECA se encuentre abonando por lo menos tres (3) veces más a lo que le corresponde retribuir como máximo por uso compartido de infraestructura.
- 3.7. Asimismo, como ya hemos señalado, OSIPTEL ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *"las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo"*¹². En esa línea, **en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura eléctrica, también pueden presentarse escenarios de re-negociación**, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.
- 3.8. Finalmente, debemos mencionar que ENSA y AZTECA 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 consecuencia, es innegable que el Contrato de Compartición estaba y continúa estando sujeto al cumplimiento de dicha regla de orden público. Por lo tanto, incluso en el caso negado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones hubiese modificado la Metodología a través de un Decreto Supremo, las partes hubieran tenido que convenir el recalcular de la contraprestación¹³.

¹² Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.

¹³ 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."

- 3.9. De acuerdo con lo señalado, corresponde desestimar las alegaciones de ENSA referidas a que no corresponde la modificación de la contraprestación pactada inicialmente, en tanto AZTECA habría aceptado inicialmente un valor del denominador "Na" y no existiría norma alguna que señale que el valor de dicha variable es igual a tres (3). Como se ha podido corroborar en el presente acápite, ello no constituiría un limitante para (re)negociar el cambio de las condiciones económicas y modificar la contraprestación inicialmente pactada.

IV. SOBRE LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN EXISTENTE ENTRE ENSA Y AZTECA

- 4.1. ENSA alegó que AZTECA, como empresa operadora de telecomunicaciones, es quien se encontraba en mejor posición para la aplicación correcta de la Metodología. Por ello, a su criterio, a la fecha no podríamos señalar que no advertimos que el denominador "Na" siempre tuvo un valor igual a tres (3) y que por error se le atribuyó un valor igual a uno (1).
- 4.2. Al respecto, corresponde recordar que en este caso estamos ante una infraestructura controlada por un monopolista del sector eléctrico de quien la empresa de fibra óptica (sector de telecomunicaciones) depende para prestar sus servicios. Es evidente que esta última no está en igualdad de condiciones frente a la empresa eléctrica para poder negociar y validar la correcta aplicación de una fórmula de contraprestación cuyos factores se nutren de información propia del sector eléctrico, sus normas técnicas y regulaciones tarifarias.
- 4.3. AZTECA no maneja la información referida a los costos y características de las infraestructuras eléctricas y acceder a ella o validarla es prácticamente imposible sin la "colaboración" de la empresa eléctrica. Justamente por dicha asimetría informativa es que en nuestras primeras cartas solo planteamos a ENSA cómo considerábamos debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación, solicitándole que *"nos remitan los cálculos que utilicen para determinar la contraprestación aplicable a fin de validarlos"*. Es pues evidente que si AZTECA tuviera acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. ENSA en ningún momento accedió a proveernos de dicha información, abusando de su posición dominante.
- 4.4. Si bien ENSA niega en su escrito que exista asimetría información con AZTECA, ha quedado claramente evidenciado que, como empresa eléctrica, propietaria de sus torres y/o postes, es quien cuenta con la totalidad de información (características de sus torres y/o postes, reales costos por el mantenimiento y operación de la infraestructura). Así, AZTECA es un operador de telecomunicaciones que no cuenta con información de una empresa distinta a la suya, y menos aún de una empresa de un giro totalmente diferente (sector eléctrico) y que, por su naturaleza, cuenta con infraestructura con características técnicas particulares.
- 4.5. Por lo expuesto, no es cierto que AZTECA se haya encontrado en una mejor situación para determinar a cuánto ascendía una contraprestación que respete el precio máximo calculado en aplicación de la Metodología. ENSA tiene el manejo de la totalidad de información referida al valor de sus postes y el costo de operación y mantenimiento, por lo que AZTECA se encuentra en desventaja ante la existente

asimetría de información entre las partes y no podría haber advertido la existencia de errores en la aplicación de la fórmula metodológica.

V. SOBRE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS LEYES No. 28295 Y 29904

- 5.1. En su escrito, ENSA señaló que la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 tienen finalidades contrapuestas, por lo que los criterios que pueden determinarse con cada norma no podrían ser aplicados a la otra. A criterio de ENSA, no corresponde que se tenga en cuenta los precedentes de OSIPTEL y, con ello, se utilicen los criterios previamente establecidos respecto de la Ley No. 28295 en donde el Consejo Directivo fijó la contraprestación por uso compartido de infraestructura, debido a que esta norma protege a los usuarios finales, mientras que la Ley No. 29904 únicamente beneficiaría a los operadores neutros (empresas).
- 5.2. Sobre el particular, corresponde aclarar que no se debe caer en el error de considerar que los precedentes de OSIPTEL mencionados en el acápite anterior, que fueron establecidos respecto de una relación de compartición al amparo de la Ley No. 28295, no pueden ser aplicados a los casos en los que el Contrato de Compartición haya sido suscrito bajo el marco regulatorio de la Ley No. 29904. Por el contrario, la lectura de ambas normas debe consensuarse.
- 5.3. En efecto, se debe advertir que, el interés público protegido tanto en la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 es el mismo, dado que ambas normas consideran de necesidad nacional reguardar el acceso y uso de infraestructura compartida. Así, en ambos casos, las referidas leyes buscan proteger al operador de telecomunicaciones frente al poder de mercado que tiene el titular de la infraestructura, para que no coloque barreras económicas a la compartición y, con ello, pueda garantizarse la eficiencia en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- 5.4. Por tanto, es falso que la Ley No. 28295 sea la única disposición en materia de compartición de infraestructura que beneficie a los usuarios finales, puesto que el régimen de Banda Ancha (Ley No. 29904) protege la viabilidad y despliegue de la Red Dorsal y, con ello, se permite la prestación ininterrumpida de servicios públicos de telecomunicaciones al usuario final. El hecho de que la Ley No. 29904 regule un régimen especial de compartición, no enerva su real naturaleza (régimen de acceso a infraestructura), sólo refleja la importancia que el Estado peruano le da al adecuado despliegue de la Red Dorsal, dándole una especial protección al tutelar, en este caso, mediante un precio máximo, al operador concesionario de dicha red, para evitar que sea víctima del ejercicio del poder de mercado de los titulares de la infraestructura eléctrica.
- 5.5. En consecuencia, ambas normas generan beneficios al usuario final y no tienen finalidades contrapuestas, como falazmente plantea ENSA, por lo que deben leerse en conjunto, así como que los criterios fijados deben ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Es, pues, evidente, que ENSA ha planteado un **falso dilema**: no es cierto que se tenga que separar o distinguir un régimen del otro, para considerar que uno sí protege a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final y el otro no. Ambos regímenes lo hacen, por tratarse de sistemas que **garantizan el acceso a infraestructura** para evitar que el titular de ésta imponga barreras económicas a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, afectando

así a los usuarios finales e impidiendo, en este caso, que se cumpla la política pública y el interés nacional de que todos los peruanos accedamos a los beneficios de la banda ancha.

- 5.6. De ese modo, equivocadamente, ENSA señaló en su escrito que, como la retribución fue fijada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") en el Reglamento, no resulta de aplicación el régimen general de acceso a infraestructura fijado por la Ley 28295, pues se trataría de un régimen distinto al que no cabe aplicar el criterio del caso Multivisión vs. SEAL invocado por nuestra parte, en donde sí se tiene que determinar a cuánto asciende la contraprestación, porque no estaría fijada en una norma. Nada más falso: **el Reglamento no establece un precio fijo, determinado e inmovible para toda relación de compartición, dicha norma únicamente establece un tope por debajo del cual las partes (la empresa eléctrica y el concesionario de la Red Dorsal) pueden y deben negociar.**
- 5.7. Al respecto, si bien el MTC determinó cuál es la Metodología, cuya aplicación señalará cual es el precio máximo que debe abonarse por el uso compartido de infraestructura, dicha entidad no fijó a cuánto asciende la remuneración para cada una de las relaciones de compartición que en concreto se establezcan. Así pues, en cada caso particular, no se aplica una "tarifa" fija predeterminada por el MTC para toda relación de compartición (único supuesto en que sería admisible lo que sostiene ENSA), sino que el operador de telecomunicaciones y la empresa de eléctrica tienen libertad para negociar cuál será la contraprestación, siempre que no exceda el precio máximo. En ese contexto, cuando no logren ponerse de acuerdo las partes, sea antes de la suscripción de un Contrato de Compartición o cuando están renegociando las condiciones económicas inicialmente pactadas, el Consejo Directivo es el órgano competente para definir este aspecto de la relación de compartición, conforme ha sido establecido en el artículo 25 del Reglamento.
- 5.8. Entonces, NO estamos ante un régimen en el que, habiéndose fijado una retribución por el MTC, no cabe mandato del Consejo Directivo de OSIPTEL sino interpretación de sus alcances y aplicación a la ejecución contractual, como incorrectamente plantea ENSA; **estamos ante un régimen particular de acceso a infraestructura que tiene una Metodología para determinar un precio tope regulatorio que debe ser observado en la negociación entre las partes.** Si la negociación no da resultado, corresponde que se dicte un mandato por el Consejo Directivo y, en ese sentido, no cabe una interpretación de la norma del MTC, como equivocadamente plantea ENSA.
- 5.9. En consecuencia, como lo viene planteando AZTECA, lo que corresponde es la aplicación de una regulación escalonada¹⁴, es decir, un régimen en el que, la regulación en principio, da libertad a las

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.

"(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que -encaso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que -según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad. la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece, así como "red de reserva" (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)"

partes para negociar dentro del tope, pero, por la cual interviene el Consejo Directivo cuando la parte beneficiaria del régimen de acceso lo requiere por no poder llegar a un acuerdo con el monopolista eléctrico, para que determine si la retribución es la que corresponde según el tope regulatorio.

- 5.10. Así pues, no se trata de interpretar una norma que ya fijó una retribución inamovible, como pretende sostener ENSA, se trata de determinar si, en la fijación de la contraprestación, se respetaron los principios y reglas del acceso a infraestructura en cuanto al tope regulatorio se refiere y, en atención a ello, modificar la contraprestación para que respete el precio máximo legal, lo que nuestra parte, correctamente, **ha solicitado al Consejo Directivo del OSIPTEL**. ENSA pretende disfrazar este real problema de una controversia, a fin de que el Consejo Directivo no dicte un mandato que modifique la contraprestación.
- 5.11. En atención a lo señalado, corresponde que el Consejo Directivo desestime los argumentos planteados por ENSA, pues es falso que la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 tienen finalidades contrapuestas, así como que el MTC ha fijado en la Ley de Banda Ancha la contraprestación por uso compartido de infraestructura, por lo que no corresponde que el Consejo Directivo emita un mandato y modifique la contraprestación, a efectos de que se sujete al precio máximo legal.

VI. LA METODOLOGÍA ESTABLECIDA POR EL MTC PARA DETERMINAR LA MÁXIMA CONTRAPRESTACIÓN POR USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA ASUMIÓ QUE EL VALOR DEL DENOMINADOR "Na" ES IGUAL A TRES (3)

- 6.1. ENSA indicó en su último escrito presentado, que el Reglamento, la Metodología, el Informe No. 251-2013-MTC/26 que sustentó el Reglamento ("Informe del 2013"), la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC ("RVM") y el Informe No. 292-2017-MTC/26 que sustentó la RVM ("Informe del 2017") no señalaban que el valor del denominador "Na" sea igual a tres (3) o tenga otro valor fijo asignado. En todo caso, sostienen que, a su criterio, el valor del denominador "Na" es variable o "abierto" en función al número efectivo de arrendatarios con los que cuente la infraestructura, por eso debe considerarse un valor igual a uno (1) para el caso de la infraestructura compartida con AZTECA, puesto que en las torres únicamente ha sido apoyado un cable.
- 6.2. Al respecto, no es cierto que AZTECA haya "inventado" este valor, sino que nuestra interpretación tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. Así, pues, el sustento de AZTECA para afirmar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) se encuentra **en el razonamiento económico de la fórmula** fijada en la Metodología del Reglamento, que es objetivo y demostrable, no una creación antojadiza de nuestra parte, como tendenciosamente afirmó la representante de la contraparte. En efecto, como quedó demostrado en nuestra solicitud de mandato, cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) debido a que consideró como punto de partida para establecer los valores de las variables de la Metodología la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica. Ello, consta en Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM, como detallaremos más adelante.

- 6.3. En efecto, lo que ENSA no toma en cuenta es que, si bien la aplicación de la Metodología tiene como finalidad determinar el precio máximo por uso compartido de infraestructura, en atención al costo incremental que le genera a la empresa eléctrica la operación y mantenimiento de sus torres y/o postes, el MTC determinó que este costo incremental se considerará en función de un porcentaje (proporción) **del valor del poste, del costo del montaje de la infraestructura y del costo de operación y mantenimiento de la infraestructura** ya existente, sin ningún apoyo. Así, la fórmula del MTC no considera que el costo incremental por operación y mantenimiento se calcule en función a servicios de monitoreo, número de personal que acude a una inspección, transporte para el desplazamiento a la supervisión de la infraestructura, entre otros similares, que genere el apoyo de un nuevo cable pues, por fines metodológicos, el MTC estimó suficiente considerar un porcentaje extra al costo que ya asume ENSA por contar con un poste y/o torre (sin que se trate de una infraestructura compartida), en el que ya se han considerado todos estos gastos por el mantenimiento de la infraestructura.

$$RM = IMP + \left(\frac{1}{N_a} \right) * (1 + i_m) * f * \left(\frac{l \text{ ó } h}{12} \right) * (1 + m) * TP$$

- 6.4. Así pues, de la lectura desagregada de la fórmula de la Metodología del Reglamento, aquí copiada, se puede evidenciar con total claridad que, el costo incremental (**RM**) viene dado por el porcentaje extra (**f**) que multiplica al valor del poste y/o torre (costo de la infraestructura- **TP**, costo de su montaje - **1+m** y costo de la operación y mantenimiento - **l o h / 12**), lo que a su vez se multiplica por un margen de utilidad razonable (**1+im**) y se divide entre el número de arrendatarios o apoyos (**Na**).
- 6.5. En tal sentido, la remuneración mensual máxima (costo incremental por cada apoyo) que puede ser cobrada por uso compartido de infraestructura tiene como elemento medular al **factor "f"**, el cual es un porcentaje que ha sido calculado en función al peso de **tres (3)** cables que soporta una infraestructura. Este porcentaje representa el costo extra o adicional (calculado en función al peso extra por el número de cables apoyados en la infraestructura) que implica para la eléctrica la existencia de su torre y/o poste. Por ello, es que el factor "f" se multiplica por el valor de la infraestructura, su costo de montaje y su costo de operación y mantenimiento.
- 6.6. En ese contexto, en tanto la Metodología para determinar el costo incremental considera lo que significaría para el valor de la infraestructura el peso de cables apoyados en ella, es que, precisamente, el MTC optó por fijar una fórmula que recompense a las empresas eléctricas que comparten su infraestructura por el desgaste que pueda ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica.

Ciertamente, con ello la Metodología determina que el costo incremental por el apoyo de un cable se encuentra en función al **impacto en la vida útil de la infraestructura eléctrica**. Ello tiene lógica pues se entiende que, a mayor desgaste de la infraestructura, mayor necesidad de mantenimiento.

- 6.7. Esta explicación tiene pleno asidero en el Informe del 2013 que sustentó el Reglamento. En él consta que el MTC asumió como parámetro que una infraestructura puede abarcar tres (3) cables, debido a que existen varios factores a ser considerados para determinar el costo incremental. Así, en esta línea, el Informe del 2017 señala que, para determinar el costo incremental, se parte de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura son tres (3) cables. Siendo ello así, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables tiene un impacto de 18.3% (valor del factor "f") sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torre/Poste (desgaste de la torre por el peso adicional de 3 cables).
- 6.8. Ahora bien, el 18.3% que es el valor asignado para el parámetro "f" representa el costo incremental que generarían el peso adicional de tres (3) cables en el costo de mantenimiento de la infraestructura. En este escenario, AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura, porque únicamente tiene un apoyo en la infraestructura de ENSA, por lo que, para determinar el costo incremental de AZTECA generado por el peso de un único cable, debe dividirse el valor del parámetro "f"=18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na). En consecuencia, el denominador "Na" cumple una función de ajuste en la fórmula metodológica, pues permite determinar cuál es el costo incremental que se genere individualmente por cada apoyo y que debe ser asumido por el operador de telecomunicaciones.
- 6.9. Por consiguiente, no es cierto, como sostuvo ENSA en su escrito, que el 18.3% corresponda al costo de toda la operación y mantenimiento, sea que haya uno (1) o tres (3) cables, sino que necesariamente debe dividirse entre tres (3) para obtener el costo incremental de cada apoyo, ya que la fórmula parte de la premisa que el número de cables son tres (3), y no uno (1) o dos (2) o "cualquiera". De ese modo, es indispensable que se individualice el costo para que AZTECA u otros operadores no asuman el costo incremental de cables inexistentes que no generan desgaste en la infraestructura.
- 6.10. En esa línea, ENSA ha reiterado sin fundamento que el costo incremental del 18.3% (valor de la variable "f") no pueda ser dividido necesariamente entre tres (valor del denominador "Na") para determinar un costo incremental individual que corresponda al costo por operación y mantenimiento que se genere por el soporte adicional de un cable en la infraestructura. Sin embargo, no ha sustentado de ningún modo las razones por las cuales el costo incremental en este caso sería fijo o decreciente.
- 6.11. Claramente, si bien ENSA ha señalado que en algunos casos existen costos fijos o decrecientes, no ha motivado por qué la Metodología contemplaría este tipo de costos. Por el contrario, como ha explicado AZTECA en los numerales anteriores y a lo largo de nuestra solicitud de mandato, el propio diseño de la Metodología ha previsto que los costos incrementales por operación y mantenimiento se encuentren en función del uso de tres (3) cables, por lo que para determinar lo que corresponde sólo a un arrendatario debe asumirse el valor correcto del denominador "Na" que es igual a tres (3).
- 6.12. De ese modo, corresponde precisar que AZTECA comprende que la Metodología determina la contraprestación por el uso de infraestructura en función a los costos incrementales por operación y

mantenimiento que se generen por el soporte de nuestros cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica. Sin embargo, lo que ENSA pretende negar con su argumentación es que AZTECA únicamente debe pagar por los costos incrementales de operación y mantenimiento que se genere por el espacio que ocupen sus cables, y no por todos los costos de la infraestructura, ni tampoco que asuma costos inexistentes por tres arrendatarios, cuando es el único que ocupa las torres y/o postes.

- 6.13. En tal sentido, nuestra argumentación para acreditar que el valor del denominador “Na” de la Metodología es igual a tres (3) no es equivocada, pues precisamente buscamos que ENSA respete el principio de eficiencia económica y no exija el pago de costos de operación y mantenimiento que AZTECA no ha generado. Es más, como ha sido demostrado en nuestro escrito anterior, la aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario sea sólo por los costos de operación y mantenimiento adicionales que se generen como consecuencia de que la torre y/o poste soporta además de la red eléctrica de ENSA, un cable de fibra óptica.
- 6.14. Ciertamente, a diferencia de lo alegado por ENSA, como ha sido contemplado en la Metodología, los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Participación.
- 6.15. Se debe tener en cuenta que en la formulación tarifaria OSIPTEL sólo tiene que considerar cuál es sería el costo operativo marginal de apoyar un cable de fibra en una instalación eléctrica. En ningún momento la Metodología del MTC para fijar la tarifa de apoyo en postes pudo haber considerado cuáles de los costos comunes o de inversión que debieran ser recuperados de la infraestructura eléctrica de la empresa eléctrica, debido a que los costos de reposición de activos y otros costos de operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica ya son cobrados por la empresa eléctrica en las tarifas eléctricas reguladas que fija el regulador de energía. Por tanto, atendiendo que el Consejo Directivo únicamente emitirá un mandato respecto de la Metodología tampoco se consideran dichos costos comunes o de inversión, pues ya están siendo considerados en las tarifas eléctricas.
- 6.16. En atención a lo señalado, determinar que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) se ajusta a lo contemplado por la Ley de Banda Ancha y su Reglamento y, contrariamente a lo señalado por ENSA, tomar este valor para determinar la contraprestación es el único modo de respetar el marco normativo vigente y no actuar de manera contraria al ordenamiento jurídico, al exigir una retribución mayor al precio máximo que puede ser pactado como retribución por uso compartido de infraestructura. En ese orden de ideas, cabe reiterar que un valor igual a tres (3) de la variable “Na” ha sido establecido en la Metodología desde su emisión, siendo que las partes no pactaron de dicho modo por error cuando suscribieron el Contrato de Participación, por lo que cuando AZTECA advirtió la aplicación errónea de los valores de la fórmula buscó renegociar con ENSA para modificar la contraprestación a efectos de que se ajuste al precio máximo legal.

- 6.17 Cabe señalar que el Consejo Directivo ya ha reconocido en tres (3) de sus pronunciamientos que el denominador "Na" tiene un valor igual a (3), señalando que en atención a la fórmula metodológica establecida por el MTC existe un costo incremental constante, que lo asume cada operador de telecomunicaciones por el apoyo de un cable, siendo falso que existan costos fijos que deban ser asumidos por el único operador que se encuentra apoyando un (1) cable en las torres y postes. Así pues, el Consejo Directivo ha emitido mandatos en tres procedimientos¹⁵ idénticos al seguido con ENSA, afirmando que es competente para resolver este conflicto, modificando la contraprestación inicialmente fijada y señalando cómo se debe aplicar correctamente la Metodología (valor del denominador "Na" igual a tres), como se observa a continuación:

*"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 que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.*

Criterio de eficiencia en la determinación de un "Na" = 3

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

- 6.18 Por tanto, como se ha podido evidenciar, el valor del denominador "Na" necesariamente es igual a tres (3), lo cual se ajusta a lo contemplado en la Metodología desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Teniendo en cuenta esto, es indispensable que el Consejo Directivo emita un mandato de compartición y modifique la contraprestación fijada inicialmente, a efectos de que se respete el precio máximo legal.

VII. SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE ENSA

- 7.1. ENSA solicitó al Consejo Directivo que tenga en consideración la conducta procedimental de AZTECA, pues habríamos presentado una denuncia maliciosa. Ello, toda vez que señalamos que ENSA podría incurrir en una posible infracción en tanto dicha empresa eléctrica ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado.

¹⁵ Ver: (i) Resolución de Consejo Directivo No. 045-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00049-GPRC/2018 (Mandato respecto de ENSA); (ii) Resolución de Consejo Directivo No. 046-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00048-GPRC/2018 (Mandato respecto de TESUR); y, (iii) Resolución de Consejo Directivo No. 048-2018-CD/OSIPTEL – Informe No. 00047-GPRC/2018 (Mandato respecto de CONENHUA).

- 7.2. Al respecto, rechazamos categóricamente las afirmaciones de ENSA por carecer de sustento, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Nuestra empresa ha mantenido una conducta procesal intachable, siendo que nuestros escritos se han basado siempre en normas legales vigentes y en este caso en particular, en aquellas que prevén sanciones por incumplimiento de la regulación sobre la contraprestación por acceso y uso de infraestructura. En ese sentido, solicitamos al Consejo Directivo tener en cuenta que la desesperada acusación que formula ENSA obedece a su carencia de argumentos para contradecir la legalidad de nuestra solicitud de mandato y no a una conducta ilegal o indebida de nuestra parte.
- 7.3. El Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo 008-2001-PCM, en su artículo 104 señala que se sancionará a cualquier persona natural o jurídica que presente una denuncia con una falsa imputación o con ausencia de motivo razonable¹⁶. Es claro que, en el presente caso, no se cumple el supuesto de hecho establecido por la norma para que la conducta de AZTECA sea calificada como la presentación de una denuncia maliciosa, pues hemos sustentado nuestras alegaciones en lo previsto en el marco legal, señalando las razones por las que consideramos que ENSA se encuentra exigiendo una contraprestación que excede el precio máximo legal lo que implicaría el incumplimiento de las reglas imperativas referidas a la contraprestación por uso compartido de infraestructura y limitándonos a solicitar que OSIPTEL investigue, ejerciendo así su competencia legal exclusiva en esa materia.
- 7.5. En efecto, AZTECA únicamente ha solicitado que OSIPTEL realice las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ENSA por la presunta comisión de una infracción. Este pedido se sustenta en una norma que prevé una infracción en ese sentido y no se realiza "maliciosamente" como alega la contraparte. Así pues, el literal b del artículo 30.2 de la Ley de Banda Ancha establece que constituye una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada¹⁷, por lo 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.
- 7.6. Se debe tener en consideración que AZTECA no ha presentado información falsa ni ha ocultado algún documento que sea relevante, así como tampoco ha presentado una denuncia con ausencia de motivo razonable o con falsedad en la imputación, como lo alegó ENSA en su escrito, con la única finalidad de distraer la atención del Consejo Directivo del verdadero tema de fondo de la solicitud de mandato. Por el contrario, debe resaltarse que AZTECA ha sustentado debidamente cuál es el valor correcto del denominador "Na" y cómo es la aplicación de la Metodología, presentado ante la Gerencia y el Consejo Directivo todas las comunicaciones que sostuvieron las partes para la renegociación de la contraprestación.

¹⁶ Reglamento General de OSIPTEL

Artículo 104.- Denuncias maliciosas

Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada.

¹⁷ Ley de Banda Ancha. Artículo 30. Tipificación de infracciones.

30.2 Constituyen infracciones graves: (...)

b. Incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada.

- 7.7. A mayor abundamiento, cabe precisar que OSIPTEL, en ejercicio de su facultad sancionadora, es la única entidad competente para determinar si ENSA incurrió en la comisión de una infracción en el marco de un procedimiento sancionador, luego de que se hayan realizado los actos de instrucción correspondientes. Por ello, no es que con la sola alegación de AZTECA de que podría existir la comisión de una posible infracción por exigir un precio por lo menos tres (3) veces superior al máximo que puede ser exigido por el uso compartido de infraestructura, ENSA reciba una sanción.
- 7.8. En consecuencia, el Consejo Directivo no debe acoger el pedido de ENSA por cuanto ha quedado demostrado que carece de asidero. Como ha podido evidenciarse, la solicitud de mandato de AZTECA se sustenta en el marco legal. Por ello, nuestra solicitud para que OSIPTEL evalúe si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra ENSA por la presunta comisión de una infracción no constituye una denuncia sin motivo razonable, siendo evidente que no califica como denuncia maliciosa.

POR TANTO:

A USTEDES SOLICITAMOS: que, en consideración a los argumentos expuestos, se desestimen los argumentos expuestos por ENSA y se proceda con la emisión del Mandato de Compartición en los términos solicitados por AZTECA.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos en calidad de anexo copia de lo siguiente:

Anexo 2-A: Copia simple del cargo de presentación de la excepción de incompetencia ante la reclamación formulada por el Grupo Distriluz, en el que se encuentra ENSA, presentada el 30 de enero de 2018.

Lima, 14 de marzo de 2018



azteca
Comunicaciones Perú

ANDRÉ ROBILLIARD ESCOBAL
DIRECTOR GENERAL DE REGULACIÓN

DJ-219/18

Expediente No. : 008-2017-CCO-ST/CI
Escrito No. : 1
Sumilla : Contesta reclamación

SEÑORES DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES:

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

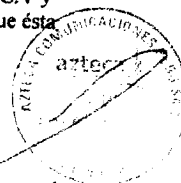
Que, el 9 de enero de 2017 fuimos notificados con la **Resolución de Cuerpo Colegiado No. 001-2017-CCO-OSIPTEL**, que resuelve admitir a trámite y corremos traslado de la reclamación presentada por el Grupo Distriluz ("**DISTRILUZ**"), conformado por Electronoroeste S.A., Hidrandina S.A., Electrocentro S.A. y Electronorte S.A. contra AZTECA en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.

Que, dentro del plazo previsto en el artículo 46 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (el "**Reglamento de Solución de Controversias**"), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL, procedemos a contestar dicha reclamación y **SOLICITAMOS** que sea declarada **IMPROCEDENTE** en tanto el Cuerpo Colegiado carece de competencia para emitir pronunciamiento, por los argumentos de hecho y de derecho que exponremos en el presente escrito.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. AZTECA es la empresa concesionaria del Proyecto "*Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro*" ("**Red Dorsal**" o "**Proyecto**"), que consistió en desplegar aproximadamente 13,500 km. de red de fibra óptica con el fin de proveer servicios de Banda Ancha de grandes capacidades y alta velocidad a lo largo de todo el país.
- 1.2. El referido proyecto fue desarrollado bajo el marco de la Ley No. 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (la "**Ley de Banda Ancha**"), que en su artículo 3 **declaró de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura eléctrica con la finalidad de facilitar el despliegue de la Red Dorsal**, creando una obligación legal de "**compartición**" de infraestructura a cargo de las referidas empresas eléctricas.

¹ El Proyecto fue adjudicado el 23 de diciembre de 2013 al consorcio conformado por TV Azteca S.A.B. de C.V y Tendai S.A. de C.V (ambas sociedades mexicanas), las cuales constituyeron en el Perú a AZTECA, para que ésta asuma el desarrollo del mismo. AZTECA suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el respectivo Contrato de Concesión 17 el junio de 2014.



Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Declárense de necesidad pública e interés nacional:

(...) ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil." (énfasis y subrayado agregados)

- 1.3. En esa línea, el artículo 13 de la Ley de Banda Ancha dispuso que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica tienen la obligación de proveer, tanto el acceso como el uso de su infraestructura a favor de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo especialmente a los operadores de Banda Ancha. A cambio, entre otras condiciones, los referidos concesionarios de energía eléctrica tendrían derecho a recibir contraprestaciones periódicas, determinadas conforme lo que fuera establecido en el Reglamento de dicha ley².
- 1.4. Justamente, el artículo 30 del referido Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, prevé que, el operador de servicios de Banda Ancha que acceda y use la infraestructura de concesionarios de energía eléctrica debe remunerar periódicamente al concesionario eléctrico, como máximo, aquella suma resultante de aplicar (correctamente) la Metodología desarrollada en el Anexo I de dicho cuerpo normativo.

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

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

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

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

² *"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos*
13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley.
13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones: (...)
b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos 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." (énfasis y resaltado agregados)

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

- 1.5. Por su parte, OSIPTEL³ 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 eléctrica⁴, como es la contraprestación por la compartición de infraestructura, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias⁵.
- 1.6. En ese sentido, resulta claro que la contraprestación por el uso compartido de la infraestructura eléctrica no es un aspecto definido y/o interpretado libremente por las partes, sino que depende estrictamente de lo establecido en la Ley de Banda Ancha y en lo dispuesto por el organismo regulador competente (OSIPTEL). Conforme al marco jurídico vigente, las partes no pueden establecer un valor de contraprestación por encima del tope regulatorio. En ese sentido, todo acuerdo que contradiga este mandato legal debe ser considerado nulo e inexigible.
- 1.7. Bajo el marco normativo antes descrito, el 22 de diciembre de 2014, 20 de marzo, 22 de abril y 18 de mayo de 2015 suscribió con cada una de las empresas del grupo DISTRILUZ Contratos de Compartición con el objeto de establecer las condiciones bajo las cuales se facilitaría el uso de cierta infraestructura de dichas empresas para el despliegue y operación de cables de fibra óptica de la Red Dorsal, incluyendo la contraprestación mensual por el uso de la infraestructura eléctrica de DISTRILUZ.
- 1.8. Respecto a la contraprestación a cargo de AZTECA, los Contratos de Compartición suscritos con las empresas del grupo DISTRILUZ prevén lo siguiente:

"Sexta. - Contraprestaciones

6.1. El acceso y uso de la Infraestructura de Soporte Eléctrico por parte de AZTECA será remunerada mediante el pago de contraprestaciones mensuales a favor de la EMPRESA ELÉCTRICA, cuyos montos serán calculados siguiendo la metodología establecida en el

³ "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]

⁴ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

⁵ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.

Anexo I del Reglamento de la Ley No. 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC u otra que lo sustituya o modifique.

(...)

6.4. Las partes señalan que el precio será determinado a partir de la metodología de cálculo de la contraprestación mensual considerada en el numeral 6.1. Asimismo, queda convenido que dicho precio además será determinado por la EMPRESA ELÉCTRICA una vez aprobada la Ruta, debiendo adjuntar el sustento correspondiente a fin que AZTECA, en un plazo no mayor a dos (02) días hábiles remita a la EMPRESA ELÉCTRICA sus observaciones, si las tuviera, respecto a la facturación.

Las partes señalan que estos valores mensuales serán ajustados en forma automática cada vez que los componentes señalados en la metodología de cálculo referida en el numeral 6.1 varíen de acuerdo a lo señalado en las normas referidas en dicho numeral. La modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste. (...)"

- 1.9. Al respecto, debemos hacer notar que estos Contratos de Participación no sólo implicaron la asunción de obligaciones de naturaleza netamente contractual por parte de AZTECA y DISTRILUZ, sino que, **en tanto la propia relación de participación es considerada de necesidad pública e interés nacional, estaban sujetos a parámetros legales y condiciones regulatorias.** En ese sentido, coincidimos con el Cuerpo Colegiado cuando indica que "los contratos de participación en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento ven afectado su carácter privado en tanto su objeto reviste de un interés público particular, siendo que incluso éstos son remitidos al OSIPTEL para su supervisión."⁶ (subrayado agregado)
- 1.10. Ahora bien, al emitirse la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03 (la "RVM"), que modificó recientemente las variables "f" y "m" de la metodología contenida en el Anexo I del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión (correspondiente a la contraprestación mensual por el uso de infraestructura)⁷, **se puso en evidencia que la manera cómo se había calculado la contraprestación entre AZTECA y DISTRILUZ no se adecuaba a lo dispuesto en el marco regulatorio al que ambas partes estamos imperativamente sometidas.** AZTECA se percató que estaba realizando pagos por encima del precio máximo reglamentario, siendo por tanto necesario que las partes acuerden la modificación de las contraprestaciones pactadas en los Contratos de Participación.
- 1.11. Cuando AZTECA planteó a DISTRILUZ la adecuación de la contraprestación periódica prevista en los Contratos de Participación a las disposiciones reglamentarias aplicables (de modo que la misma sea adecuadamente calculada y cumpla con el mandato legal de precio máximo), DISTRILUZ dejó en claro que no tenía interés en que el valor de la misma sea revisado y, menos aún, ajustado. Ello se desprende claramente de las diversas cartas que cursamos con dichas empresas y sus respuestas, las que resumimos a continuación:

⁶ Resolución de Cuerpo Colegiado No. 001-2017-CCO-OSIPTEL. p. 8

⁷ Los motivos y razonabilidad detrás de dicho cambio se encuentran expuestas en el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metodología_M_y_F.pdf (revisado el 26 de enero de 2018)

- (i) Comunicaciones cursadas con Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A. ("**ENOSA**")
- i. Mediante Cartas No. DJ-1250/17 de 17 de agosto de 2017 y No. DJ-1667/17 de 3 de noviembre de 2017, AZTECA solicitó a ENOSA que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. En dicha misiva, AZTECA puso de manifiesto que (i) el cambio de valores introducido por la Resolución Viceministerial llevaba a que necesariamente se modificara el precio máximo que ENOSA podía exigir como contraprestación por el uso de su infraestructura; y que (ii) en sendos mandatos, OSIPTEL ya había precisado que el número de arrendatarios de la infraestructura (denominador "Na") a ser considerado para la correcta aplicación de la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura compartida únicamente por el uso del espacio efectivo que el arrendatario requiera. Asimismo, AZTECA informó a ENOSA que el MTC, al describir la Metodología en el Informe No. 292-2017-MTC/26, había explicado que el valor del costo de operación y mantenimiento incremental que deriva de la instalación de cables de telecomunicaciones en infraestructura eléctrica (variable "f") había sido dimensionado sobre la premisa general de que cada infraestructura soportaría tres (3) cables de fibra óptica (el denominador "Na").

En dichas comunicaciones, AZTECA también hizo notar a ENOSA que el Contrato de Participación fue celebrado en el marco de las limitaciones previstas en el Reglamento (las cuales no permiten pacto en contrario) y que el cumplimiento de las reglas de participación se encontraba sujeto a la competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL.

- ii. Por Cartas No. C-0795-2017/ENOSA de 18 de octubre de 2017 y No. C-876-2017/ENOSA de 2 de noviembre de 2017, ENOSA reconoce que se han actualizado los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología definida en el Anexo I del Reglamento, pero argumenta que la Resolución Viceministerial no ha variado el valor del denominador "Na" del factor B de dicha Metodología, por lo que dicho factor mantiene una concepción dinámica en función al número (efectivo) de arrendatarios. En esa línea, arguye que no existe fundamento legal ni técnico por el cual ENOSA deba considerar que la variable "Na" tiene un valor igual a tres (3) y, por ello, se niega rotundamente a atender en dicho extremo el planteamiento de ajuste que hizo AZTECA y anuncia que, dada la diferencia en posiciones, de no llegar a un acuerdo en los próximos días, sometería la controversia a un arbitraje.
- iii. Mediante Carta No. DJ-1719/17 de 13 de noviembre de 2017, AZTECA señaló que no correspondía dar inicio a una etapa de trato directo con miras a un arbitraje, toda vez que el cumplimiento de las disposiciones regulatorias, como la existencia de un precio máximo por el uso de infraestructura eléctrica, constituyen reglas a las que ENOSA debe sujetarse por mandato de la ley. Asimismo, AZTECA reiteró que dejaba a salvo su derecho de acudir al OSIPTEL, a efectos de que dicte un Mandato de Participación de Infraestructura para que se precise en el Contrato de Participación cuál es el monto



que por contraprestación corresponde ser pagado conforme a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

iv. A través de la Carta No. R-753-2017/ENOSA de 20 de diciembre de 2017, ENOSA señaló que acudiría a la vía arbitral a efectos de que se solucione la controversia que ha suscitado la pretensión de AZTECA de revisar y adecuar la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición.

(ii) Comunicaciones cursadas con Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. ("**HIDRANDINA**")

i. Mediante Cartas No. DJ-1247/17 de 17 de agosto de 2017 y No. DJ-1434/17 de 2 de octubre de 2017, AZTECA solicitó a HIDRANDINA que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. En dicha misiva, AZTECA puso de manifiesto que (i) el cambio de valores introducido por la Resolución Viceministerial llevaba a que necesariamente se modificara el precio máximo que HIDRANDINA podía exigir como contraprestación por el uso de su infraestructura; y que (ii) en sendos mandatos, OSIPTEL ya había precisado que el número de arrendatarios de la infraestructura (denominador "Na") a ser considerado para la correcta aplicación de la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura compartida únicamente por el uso del espacio efectivo que el arrendatario requiera. Asimismo, AZTECA informó a HIDRANDINA que el MTC, al describir la Metodología en el Informe No. 292-2017-MTC/26, había explicado que el valor del costo de operación y mantenimiento incremental que deriva de la instalación de cables de telecomunicaciones en infraestructura eléctrica (variable "f") había sido dimensionado sobre la premisa general de que cada infraestructura soportaría tres (3) cables de fibra óptica (el denominador "Na").

En dichas comunicaciones, AZTECA también hizo notar a HIDRANDINA que el Contrato de Compartición fue celebrado en el marco de las limitaciones previstas en el Reglamento (las cuales no permiten pacto en contrario) y que el cumplimiento de las reglas de compartición se encontraba sujeta a la competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL.

ii. Por Cartas No. GR-1692-2017 de 20 de septiembre de 2017 y No. GR-1948-2017 de 30 de octubre de 2017, HIDRANDINA reconoce que se han actualizado los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento, pero argumenta que la Resolución Viceministerial no ha variado el valor del denominador "Na" del factor B de dicha Metodología, por lo que dicho factor mantiene una concepción dinámica en función al número (efectivo) de arrendatarios. En esa línea, arguye que no existe fundamento legal ni técnico por el cual HIDRANDINA deba considerar que la variable "Na" tiene un valor igual a tres (3) y, por ello, se niega rotundamente a atender en dicho extremo el planteamiento de ajuste que hizo AZTECA y anuncia que, dada la diferencia en posiciones, de no llegar a un acuerdo en los próximos días, sometería la controversia a un arbitraje.



- iii. Mediante Carta No. DJ-1720/17 de 13 de noviembre de 2017, AZTECA señaló que no correspondía dar inicio a una etapa de trato directo con miras a un arbitraje, toda vez que las disposiciones regulatorias, como la existencia de un precio máximo por el uso de infraestructura eléctrica, constituyen reglas a cuyo cumplimiento debe sujetarse HIDRANDINA por mandato expreso de la ley. Asimismo, AZTECA reiteró que dejaba a salvo su derecho de acudir a OSIPTEL, a efectos de que dicte un Mandato de Compartición de Infraestructura.
- iv. A través de la Carta No. GR-2180-2017 del 12 de diciembre de 2017, HIDRANDINA señaló que acudiría a la vía arbitral a efectos de que se solucione la controversia que ha suscitado la pretensión de AZTECA de revisar y adecuar la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición.
- (iii) Comunicaciones cursadas con Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A. ("**ELECTROCENTRO**")
- i. Mediante Cartas No. DJ-1248/17 de 17 de agosto de 2017 y No. DJ-1435/17 de 3 de octubre de 2017, AZTECA solicitó a ELECTROCENTRO que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. En dicha misiva, AZTECA puso de manifiesto que (i) el cambio de valores introducido por la Resolución Viceministerial llevaba a que necesariamente se modificara el precio máximo que ELECTROCENTRO podía exigir como contraprestación por el uso de su infraestructura; y que (ii) en sendos mandatos, OSIPTEL ya había precisado que el número de arrendatarios de la infraestructura (denominador "Na") a ser considerado para la correcta aplicación de la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura compartida únicamente por el uso del espacio efectivo que el arrendatario requiera. Asimismo, AZTECA informó a ELECTROCENTRO que el MTC, al describir la Metodología en el Informe No. 292-2017-MTC/26, había explicado que el valor del costo de operación y mantenimiento incremental que deriva de la instalación de cables de telecomunicaciones en infraestructura eléctrica (variable "f") había sido dimensionado sobre la premisa general de que cada infraestructura soportaría tres (3) cables de fibra óptica (el denominador "Na").
- En dichas comunicaciones, AZTECA también hizo notar a ELECTROCENTRO que el Contrato de Compartición fue celebrado en el marco de las limitaciones previstas en el Reglamento (las cuales no permiten pacto en contrario) y que el cumplimiento de las reglas de compartición se encontraba sujeta a la competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL.
- ii. Por Cartas No. GR-777-2017 de 19 de septiembre de 2017 y No. GR-914-2017 de 30 de octubre de 2017, ELECTROCENTRO reconoce que se han actualizado los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento, pero argumenta que la Resolución Viceministerial no ha variado el valor del denominador "Na" del factor B de dicha Metodología, por lo que dicho factor mantiene una

concepción dinámica en función al número (efectivo) de arrendatarios. En esa línea, arguye que no existe fundamento legal ni técnico por el cual ELECTROCENTRO deba considerar que la variable "Na" tiene un valor igual a tres (3), por lo que se niega rotundamente a atender en dicho extremo el planteamiento de ajuste que hizo AZTECA y anuncia que, dada la diferencia en posiciones, de no llegar a un acuerdo en los próximos días, sometería la controversia a un arbitraje.

- iii. Mediante Carta No. DJ-1718/17 de 13 de noviembre de 2017, AZTECA señaló que no correspondía dar inicio a una etapa de trato directo con miras a un arbitraje, toda vez que el cumplimiento de las disposiciones regulatorias, como la existencia de un precio máximo por el uso de infraestructura eléctrica, constituyen reglas a las que ELECTROCENTRO debe sujetarse por mandato de la ley. Asimismo, AZTECA reiteró que dejaba a salvo su derecho de acudir a OSIPTEL, a efectos de que dicte un Mandato de Compartición de Infraestructura.
- iv. A través de la Carta No. GR-109-2017 de 14 de diciembre de 2017, notificada el 19 de diciembre de 2017, ELECTROCENTRO señaló que acudiría a la vía arbitral a efectos de que se solucione la controversia que ha suscitado la pretensión de AZTECA de revisar y adecuar la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición.
- (iv) Comunicaciones cursadas con Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. ("ENSA")
- i. Mediante Cartas No. DJ-1241/17 notificada el 18 de agosto de 2017 y No. DJ-1608/17 de 24 de octubre de 2017, AZTECA solicitó a ENSA que el valor de la contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de soporte eléctrico previsto en el Contrato de Compartición se ajustara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. En dicha misiva, AZTECA puso de manifiesto que (i) el cambio de valores introducido por la Resolución Viceministerial llevaba a que necesariamente se modificara el precio máximo que ENSA podía exigir como contraprestación por el uso de su infraestructura⁸; y que (ii) en sendos mandatos, OSIPTEL ya había precisado que el número de arrendatarios de la infraestructura (denominador "Na") a ser considerado para la correcta aplicación de la Metodología es aquel que permita que la contraprestación fijada remunere al titular de la infraestructura compartida únicamente por el uso del espacio efectivo que el arrendatario requiera. Asimismo, AZTECA informó a ENSA que el MTC, al describir la Metodología en el Informe No. 292-2017-MTC/26, había explicado que el valor del costo de operación y mantenimiento incremental que deriva de la instalación de cables de telecomunicaciones en infraestructura eléctrica (variable "F") había sido dimensionado sobre la premisa general de que cada infraestructura soportaría tres (3) cables de fibra óptica (el denominador "Na").

En dichas comunicaciones, AZTECA también hizo notar a ENSA que el Contrato de Compartición fue celebrado en el marco de las limitaciones previstas en el Reglamento

⁸ Cabe destacar que conforme al numeral 6.4 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición ya las partes habían acordado que los valores mensuales por contraprestación serían ajustados en forma automática cada vez que los componentes señalados en la Metodología variaran conforme a lo dispuesto en el marco normativo.

y que el cumplimiento de las reglas de compartición se encontraba sujeta a la competencia exclusiva y excluyente de OSIPTEL.

- ii. Por Cartas No. GC-1371-2017 de 8 de septiembre de 2017, No. GR-00856-2017 de 25 de septiembre de 2017 y No. GR-00996-2017 de 26 de octubre de 2017, ENSA señaló que el cálculo de la contraprestación por el alquiler de sus postes se realizó conforme a la Metodología. Además, en dicha carta ENSA señaló que, bajo su lógica, el denominador "Na" sólo podía valer uno (1), puesto que había adoptado la política interna de arrendar únicamente a un operador de telecomunicaciones. De otro lado, reconoció que corresponde realizar un nuevo cálculo de la contraprestación por el uso de su infraestructura, pero solamente en razón a la modificación de los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología. En esa línea, arguye que no existe fundamento legal ni técnico por el cual ENSA deba considerar que la variable "Na" tiene un valor igual a tres (3) y, por ello, se niega rotundamente a atender en dicho extremo el planteamiento de ajuste que hizo AZTECA y anuncia que, dada la diferencia en posiciones, de no llegar a un acuerdo en los próximos días, sometería la controversia a un arbitraje.
 - iii. Mediante Carta No. DJ-1717/17 de 15 de noviembre de 2017, AZTECA señaló que no correspondía dar inicio a una etapa de trato directo con miras a un arbitraje, toda vez que el cumplimiento de las disposiciones regulatorias, como la existencia de un precio máximo por el uso de infraestructura eléctrica, constituyen reglas a las que ENSA debe sujetarse por mandato de la ley. Asimismo, AZTECA reiteró que dejaba a salvo su derecho de acudir a OSIPTEL, a efectos de que dicte un Mandato de Compartición de Infraestructura para que se precise en el Contrato de Compartición cuál es el monto que por contraprestación corresponde se pagado conforme a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.
 - iv. Por Carta No. GR-01129-2017 de 12 de diciembre de 2017, notificada el 14 de diciembre de 2017, ENSA señaló que acudiría a la vía arbitral a efectos de que se solucione la controversia que ha suscitado la pretensión de AZTECA de revisar y adecuar la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición.
- 1.12 Así pues, siendo plenamente conscientes de los ámbitos de competencia que tiene OSIPTEL, el 29 de diciembre de 2017, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL que, en mérito a su facultad normativa, emita **MANDATOS DE COMPARTICIÓN** respecto de las infraestructuras de las empresas del grupo **DISTRILUZ**, determinando la contraprestación mensual aplicable, siguiendo las imperativas disposiciones y criterios regulatorios que se deben tener en cuenta al calcular dicha contraprestación mensual. En particular, AZTECA solicitó lo siguiente:

"(i) que se modifique el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición de modo que se precise que el denominador "Na" (número de arrendatarios) a que se refiere la Metodología tiene un valor igual a tres (3), salvo que medie expresa disposición contraria por parte de la autoridad competente.



(ii) *que, en función a la correcta aplicación de la Metodología, conforme fue planteado por AZTECA, se calcule e incluya en el numeral 6.4 de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición el monto de las contraprestaciones periódicas que debe pagar a ELECTROCENTRO por el uso compartido de su infraestructura."*

- 1.13. En ese sentido, el Consejo Directivo de OSIPTEL ya tiene conocimiento y se encuentra abocado a estos casos y será quien determine cuál es la contraprestación que debe ser considerada en la relación de compartición entre AZTECA y las cuatro (4) mencionadas empresas de DISTRILUZ, considerando la correcta aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento y, en particular, del valor del "Na"; evaluando si el mismo ha sido modificado o no por la RVM, si es que podría ser modificado por una resolución, si dicho valor aplica o no a la relación de compartición que tienen AZTECA y DISTRILUZ, entre otros aspectos vinculados a cada una de las pretensiones expuestas en este numeral.

II. SOBRE EL ALCANCE DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR DISTRILUZ

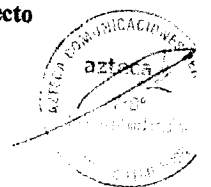
- 2.1. En su reclamación, DISTRILUZ solicitó al Cuerpo Colegiado que determine lo siguiente: (i) el valor de la variable "Na" de la "Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos" (la "Metodología") no ha sido ni puede ser modificado por una resolución viceministerial; y, (ii) el denominador "Na" de la Metodología es equivalente al número de arrendatarios reales de la infraestructura eléctrica materia de compartición. Dichas pretensiones reflejan la formulación de una consulta jurídica, a fin de que el Cuerpo Colegiado determine los alcances de la Resolución Viceministerial.
- 2.2. Sobre las pretensiones formuladas por DISTRILUZ, corresponde precisar que AZTECA en ningún momento ha alegado que la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC-03 (la "Resolución Viceministerial") ordenó modificar el valor del denominador "Na" de la Metodología, ni que dicha variable pueda ser modificada por una resolución viceministerial.
- 2.3. Por el contrario, nosotros sostenemos que, desde la emisión del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo 014-2013-MTC (el "Reglamento") el valor del denominador "Na" es igual a 3 (tiene un valor fijo), conforme ha sido indicado en el Informe No. 251-2013-MTC/26⁹ y es reafirmado en el Informe No. 292-2017-MTC/26¹⁰, y de ninguna manera es equivalente al número de arrendatarios reales de la infraestructura. En esa línea, AZTECA reconoce que los valores de las variables "m", "l", "h" y "f" de la Metodología son los únicos que pueden ser modificados por una resolución viceministerial, conforme se encuentra establecido en el Reglamento.

⁹ El Informe No. 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013 sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento.

¹⁰ El Informe No. 292-2017-MTC/26 de fecha 4 de agosto de 2017, sustentó la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC-03 siguiendo la pauta regulatoria ya establecida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Informe No. 251-2013-MTC/26.



- 2.4. En tal sentido, como se ha podido advertir, la emisión de una resolución sobre dichas pretensiones, definiendo los alcances de la Resolución Viceministerial, pronunciándose, conforme busca DISTRILUZ, respecto de un valor para la variable "Na" de la Metodología, generará que indirectamente el Cuerpo Colegiado determine cuál es la contraprestación que AZTECA debe abonar por uso compartido de infraestructura y, con ello, determine o no la modificación del Contrato de Participación que vincula a ambas partes, lo cual constituye exclusiva competencia del Consejo Directivo de OSIPTEL, como será desarrollado en la Sección III. Precisamente, lo que se encuentra analizando el Consejo Directivo es cuál es el valor del denominador "Na", a efectos de que la contraprestación pactada no exceda el precio máximo que se determina en aplicación de la Metodología, siendo nuestra pretensión en la solicitud de mandato que, en la cláusula referida a la retribución, se precise que la variable "Na" es igual a 3.
- 2.5. Es más, la segunda pretensión accesoria de DISTRILUZ, en la que solicita al Cuerpo Colegiado que fije cuál es el valor del denominador "Na", coincide con el objeto de nuestra pretensión ante el Consejo Directivo de OSIPTEL de solicitar una modificación a la contraprestación. En efecto, DISTRILUZ está solicitando que el Cuerpo Colegiado defina que el denominador "Na" de la Metodología no tiene valor igual a tres (3), sino que es equivalente al número de arrendatarios reales de la infraestructura eléctrica materia de participación, algo que claramente no le compete.
- 2.6. Así, no hay lugar a dudas de que DISTRILUZ pretende que el Cuerpo Colegiado se pronuncie respecto de la modificación de la contraprestación pactada, en un procedimiento de solución de controversias, cuando ello es competencia única del Consejo Directivo. Es claro que DISTRILUZ pretende que el Cuerpo Colegiado interprete y aplique la fórmula de la contraprestación, lo cual es exactamente la misma materia de pronunciamiento del Consejo Directivo. Con ello, existe evidente certeza que un pronunciamiento en este fuero fijará la retribución por uso compartido de infraestructura, pese a que esta actuación no constituye una atribución del Cuerpo Colegiado. Es más, si el Cuerpo Colegiado acogiera la equivocada interpretación de DISTRILUZ respecto del valor del denominador "Na", podría entrar en contradicción con el Consejo Directivo y tornar ineficaz un eventual MANDATO de Participación emitido por dicho órgano competente.
- 2.7. Es evidente que lo que quiere DISTRILUZ es que NO se modifique la contraprestación que nosotros hemos solicitado vía el mecanismo regulatorio correcto: la emisión de un MANDATO por el Consejo Directivo. En ese orden de ideas, como DISTRILUZ no quiere que tengamos éxito en ese procedimiento de emisión de mandato, plantea esta reclamación para dar la apariencia de que existe una controversia cuya resolución es competencia del Cuerpo Colegiado y obtener así un pronunciamiento que neutralice los efectos de un eventual mandato del Consejo Directivo. Ello, además de lograr que un Cuerpo Colegiado asuma también competencia respecto de una materia regulada, sobre la que tampoco cabe su pronunciamiento.
- 2.8. Dicha acción de iniciar un procedimiento ante el Cuerpo Colegiado indica que se trata de una estrategia desesperada para evitar que prospere, como repetimos, la única vía que es la procedente para este conflicto, como es la emisión de un mandato de acceso y uso compartido de infraestructura por el Consejo Directivo. Por ello, respetuosamente solicitamos al Cuerpo Colegiado no dejarse sorprender por la apariencia de controversia que plantea la contraparte y vea la real implicancia de lo que se le está solicitando con este procedimiento: **pronunciarse respecto de materias que no son de su competencia para beneficiar la estrategia procesal de la reclamante, permitiendo que continúe cobrando una contraprestación excesiva a AZTECA.**



- 2.9. En efecto, si el Cuerpo Colegiado evalúa si la Resolución Viceministerial modificó o no el denominador "Na" de la Metodología, determinará aspectos vinculados a la contraprestación por acceso y uso de infraestructura que afectarán la relación de compartición de estas dos empresas, modificando los términos pactados inicialmente. Asimismo, si concluye si el valor de la variable "Na" se encuentra en función al número de arrendatarios reales de la infraestructura. Así pues, un pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas definirá si el denominador "Na": (i) tiene un valor fijo o variable; (ii) si se encuentra en función a las características de la infraestructura eléctrica o al número de arrendatarios; y con ello, (iii) indirectamente fijará un valor para dicha variable.
- 2.10. En consecuencia, emitir un pronunciamiento en este caso conllevará a que el Cuerpo Colegiado exceda sus competencias circunscritas a la función de solución de controversias, interfiriendo con las competencias del Consejo Directivo. Ello, en tanto se pronunciará sobre una materia normativa-regulatoria, como lo es la definición de la contraprestación que AZTECA debe abonar a DISTRILUZ y la modificación de su Contrato de Compartición, luego de que ambas partes no pudieran llegar a un acuerdo ante una renegociación de las condiciones económicas pactadas inicialmente.
- 2.11. En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que el verdadero conflicto que existe entre las partes es respecto de la modificación del Contrato de Compartición, a efectos de que rija una nueva contraprestación que AZTECA propuso vía renegociación a DISTRILUZ en aplicación correcta de la Metodología fijada regulatoriamente.
- 2.12. Ciertamente, dicho conflicto se originó cuando AZTECA advirtió que la retribución pactada excedía el precio máximo legal que puede ser cobrado por uso compartido de infraestructura eléctrica, en atención a la aplicación de la Metodología, siendo DISTRILUZ quien se rehusó a cambiar la contraprestación y a respetar el marco normativo vigente. No es cierto que nosotros planteemos que el valor de la variable "Na" fue modificado por la Resolución Viceministerial como pretende hacer creer DISTRILUZ a fuerza de repetirlo. Por el contrario, el Informe No. 292-2017-MTC/26, que sustentó la Resolución Viceministerial, nos permitió advertir nuestro error y percatarnos que estábamos pagando por lo menos tres (3) veces más de lo que legalmente nos correspondía, de aplicarse correctamente la Metodología, por lo que en atención a ello iniciamos una renegociación de las condiciones económicas con DISTRILUZ, a efectos de modificar la contraprestación.
- 2.13. Por ello es que recurrimos al Consejo Directivo y no a este Colegiado, luego que la renegociación con DISTRILUZ resultara infructuosa. Hacer creer a este Colegiado que nosotros planteamos que la Resolución Viceministerial modificó el valor de la variable "Na" fijada por Decreto Supremo resulta fundamental para la estrategia procesal de DISTRILUZ, pues le permite dar la apariencia de verosimilitud de la competencia del Cuerpo Colegiado. De ese modo, DISTRILUZ pretende disfrazar el real conflicto y su objetivo, que no es otro que buscar impedir a toda costa el éxito de nuestra solicitud de mandato, interponiendo una acción paralela y contradictoria (controversia ante este Cuerpo Colegiado), a fin de generar la complicación suficiente como para tomar ineficaz cualquier mandato de reducción de la contraprestación que emita el Consejo Directivo.



- 2.14. Así, el real conflicto entre AZTECA y DISTRILUZ debe ser y será resuelto por el Consejo Directivo quien, en ejercicio de su función normativa-regulatoria, emitirá un mandato de compartición ante una renegociación infructuosa entre las partes, fijando una nueva contraprestación y, de ese modo, modificando el Contrato de Compartición.
- 2.15. Por tanto, como se ha podido observar, la controversia que alega DISTRILUZ sobre los alcances de la Resolución Viceministerial y el valor del denominador "Na" de la Metodología no sólo no es real ni corresponde al verdadero problema suscitado entre las partes, sino que tiene incidencia en el ámbito regulatorio que ya está siendo evaluado por el Consejo Directivo. Por ello, un pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas significará que el Cuerpo Colegiado exceda sus competencias y modifique la contraprestación del Contrato de Compartición.

III. EL CUERPO COLEGIADO CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA RECLAMACIÓN

- 3.1. Conforme a lo previsto en el artículo 48¹¹ del Reglamento General de OSIPTEL y en el artículo 446 del Código Procesal Civil, **proponemos EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA, la misma que SOLICITAMOS sea resuelta al inicio del procedimiento y no en la resolución final del mismo.** Este pedido lo realizamos en atención a la evidente falta de competencia del Cuerpo Colegiado respecto de la materia que ha sido sometida al presente procedimiento por parte de DISTRILUZ.
- 3.2. Conforme ha sido expuesto en el acápite anterior, existe un conflicto entre AZTECA y DISTRILUZ, puesto que, ante una renegociación de la contraprestación pactada planteada por nosotros, las partes no pudimos acordar la modificación de los Contratos de Compartición. Sin embargo, la sola existencia de un desacuerdo no es suficiente para que el Cuerpo Colegiado emita un pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas en el presente caso, dado que los alcances de su pronunciamiento no pueden exceder sus competencias.
- 3.3. En efecto, como ha sido desarrollado previamente, determinar los alcances de la Resolución Viceministerial generará que el Cuerpo Colegiado señale cuál es el valor del denominador "Na" de la Metodología y, de esa manera, fije una contraprestación. Es decir, que mantenga el *status quo* pues, si se pronuncia como pretende DISTRILUZ, será para dar apoyo a la confusión procesal que la contraparte ha pretendido crear, buscando obtener pronunciamientos de otros órganos distintos al Consejo Directivo teniendo pleno conocimiento que no son competentes pero pretendiendo, con ello, restar eficacia a un eventual mandato, para continuar cobrando una contraprestación que excede por lo menos tres veces el monto que corresponde de acuerdo a la Metodología. En tal sentido, las consecuencias de un pronunciamiento en este caso llevarán a que el Cuerpo Colegiado se pronuncie respecto de la modificación o no del Contrato de Compartición entre AZTECA y DISTRILUZ, para lo cual carece de competencias.

¹¹ "Artículo 48.- Réplicas y Excepciones.
(...) Las excepciones se proponen conjunta y únicamente junto con la contestación de la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, podrán resolverse al inicio del procedimiento."

- 3.4. Se debe recordar que el literal e) del numeral 3.1. del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la **función de solución de controversias "comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia (...)"** (énfasis y subrayado agregados). En esa línea, el Tribunal de Solución de Controversias ha precisado que en **"en el caso de la función de solución de controversias, el OSIPTEL se encarga de resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos."**¹² No es ese el caso, pues nuestra parte ha planteado una renegociación del Contrato de Compartición, en lo que concierne a la contraprestación económica con un tope regulatorio, y no una interpretación del contrato, como pretende hacer creer DISTRILUZ.
- 3.5. En tal sentido, si bien el Cuerpo Colegiado puede abocarse a resolver una reclamación cuando existan intereses contrapropuestos entre las empresas de telecomunicaciones y la empresa eléctrica, no podría atribuirse competencias propias de otros órganos dentro del OSIPTEL al emitir un pronunciamiento. Así, por ejemplo, el Cuerpo Colegiado no podría ejercer la función normativa al resolver una reclamación, pues ello constituye competencia exclusiva del Consejo Directivo, como se observa a continuación:
- Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**
- Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa**
La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.
(Énfasis y subrayado agregado)
- 3.6. De ese modo, el Cuerpo Colegiado no podrá emitir reglamentos y normas de carácter general, que definan los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios, así como tampoco está facultado para dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades bajo su competencia. Ello, puesto que la emisión de pronunciamientos que tengan como trasfondo la ejecución de dichas acciones (emitir normas y dictar mandatos) forma parte del ejercicio de la función normativa del Consejo Directivo.
- 3.7. Así, como lo establece el literal c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función normativa **"comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios"** (énfasis y subrayado agregado).
- 3.8. Particularmente, la función normativa de OSIPTEL permite que, en atención al interés nacional y necesidad pública que debe resguardar para garantizar el despliegue de redes y la continuidad de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, el Consejo Directivo también esté

¹² Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016, fundamento 52.

facultado para regular situaciones particulares entre dos empresas, a través del dictado de mandatos y normas de carácter particular, como se observa a continuación:

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

Artículo 23.- Definición de Función Normativa

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

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

(Énfasis y subrayado agregado)

- 3.9. Ahora bien, atendiendo a que el real conflicto entre AZTECA y DISTRILUZ se circunscribe a la modificación de la contraprestación pactada inicialmente por el uso compartido de infraestructura eléctrica, luego de que ambas partes no pudieran llegar a un acuerdo luego de un periodo en el que AZTECA intentó negociar, corresponde que el Consejo Directivo dicte un mandato para que fije las reglas en la relación de compartición, resguardando el interés público del despliegue de redes de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, conforme ha sido establecido en el artículo 25 del Reglamento.
- 3.10. Cabe precisar que, si bien el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") determinó cuál es la Metodología, cuya aplicación señalará cual es el precio máximo que debe abonarse por el uso compartido de infraestructura, dicha entidad no fijó a cuánto asciende la remuneración para cada una de las relaciones de compartición que en concreto se establezcan. Así pues, en cada caso particular, no se aplica una "tarifa" fija predeterminada por el MTC para toda relación de compartición, sino que el operador de telecomunicaciones y la empresa de eléctrica tienen libertad para negociar cuál será la contraprestación, siempre que no exceda el precio máximo. En ese contexto, cuando no logren ponerse de acuerdo las partes, sea antes de la suscripción de un Contrato de Compartición o cuando están renegociando las condiciones económicas inicialmente pactadas, el Consejo Directivo es el órgano competente para definir este aspecto de la relación de compartición, conforme ha sido establecido en el artículo 25 del Reglamento.
- 3.11. Sobre este punto, es importante tener en cuenta que la competencia del Consejo Directivo y, por ende, la incompetencia del Cuerpo Colegiado para emitir pronunciamientos que impliquen la (re)definición de las condiciones económicas en las relaciones de compartición ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal de Solución de Controversias y del Consejo Directivo del OSIPTEL.
- 3.12. Así, en el caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Expediente No. 002-2014-CCO-ST/CI), a propósito de una controversia respecto a la posibilidad de redefinir la contraprestación pactada por el uso de infraestructura eléctrica, el Tribunal de Solución de Controversias determinó que esta materia debía ser conocida únicamente por el Consejo



Directivo de OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no por el Cuerpo Colegiado:

"46. (...) implican el ejercicio de la función normativa, por cuanto la modificación de la contraprestación que pretende Multivisión, generará o constituirá una relación jurídica con una nueva contraprestación, en caso que el mandato de compartición de infraestructura correspondiente así lo disponga.

(...)

50. Es en este contexto, en el que debe tenerse en cuenta que, si no se llegara a modificar en forma consensuada el contrato mencionado, lo que correspondería, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, es la intervención del OSIPTEL a través de la emisión de un mandato sobre el aspecto específico en el que las partes no lograron un acuerdo que modifique la contraprestación fijada inicialmente. (...)”¹³ (subrayado y énfasis agregado)

- 3.13. Es por lo expuesto que, producto del pedido de mandato de compartición que posteriormente inició Multivisión, el Consejo Directivo a través del informe que sustentó su Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL de fecha 16 de febrero de 2017 (mandato de compartición) señaló lo siguiente:

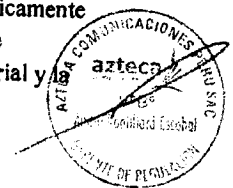
"Bajo dicho marco legal, una contraprestación que haya sido acordada por las partes en un procedimiento negociado al amparo de la Ley N° 28295 y su Reglamento, pero que alguna de las partes cuestione posteriormente por resultar inconsistente con los principios y reglas de dicho marco legal - como la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

- 3.14. Por tanto, el Cuerpo Colegiado no tiene competencias para definir y/o redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición. Ello le corresponde exclusivamente al Consejo Directivo como señalamos párrafos arriba. Es la función normativa en específico, reflejada a través de la emisión de los mandatos aplicables a casos particulares, la que faculta al Consejo Directivo de OSIPTEL a indicar cómo es que se debe aplicar la metodología prevista legalmente, entre lo que se encuentra señalar cuál es el valor del denominador "Na", para definir la contraprestación en un contrato de compartición.
- 3.15. En atención a lo señalado, si bien el Cuerpo Colegiado puede interpretar indirectamente una norma para concluir si es de aplicación o no a una relación de compartición y, de esa manera, resolver una controversia entre dos empresas; en este caso, la interpretación de los alcances del Reglamento, la Resolución Viceministerial y la Metodología, le corresponden al Consejo Directivo, pues las implicancias de esta interpretación conllevarán a la determinación o no de una nueva contraprestación y, por ende, a la modificación o no del Contrato de Compartición.

¹³ Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016.



- 3.16. En otras palabras, al resolver la reclamación de DISTRILUZ, el Cuerpo Colegiado estaría indirectamente definiendo los parámetros de la relación jurídica existente entre la empresa eléctrica y AZTECA. Ello excede a todas luces la función de solución de controversias antes comentada, pues en sí implica que se fijen y/o confirmen los criterios aplicables a la Metodología y, por tanto, a la determinación de la contraprestación, cuya modificación ha sido solicitada por AZTECA.
- 3.17. En este punto, es importante resaltar que DISTRILUZ no quiere que se modifique la contraprestación económica del Contrato de Participación, quiere más bien evitar, precisamente, que se fije la contraprestación correcta cuando el Consejo Directivo declare que no corresponde que AZTECA pague lo que está establecido como retribución en dicho contrato (y que ha venido siendo abonado por AZTECA desde el inicio de la relación de participación) por exceder el tope regulatorio. Por ello, busca hacer ineficaz un eventual mandato y, para ello, recurre a una estrategia procesal que implica generar un pronunciamiento del Cuerpo Colegiado, sabiendo que no es el órgano competente para resolver el verdadero conflicto suscitado por nuestro pedido de renegociación.
- 3.18. Ciertamente, la interpretación de normas, cuando esté referida únicamente a determinar si se aplican o no a la relación de participación (en ejecución del Contrato de Participación o mandato), sin que se vincule a la fijación y/o modificación de la contraprestación, es competencia del Cuerpo Colegiado. Ello, ha sido determinado por el Tribunal de Solución de Controversias, en su Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL del 17 de agosto de 2016, como se observa a continuación:
- "66. En este punto conviene recordar que el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura establece que la cláusula materia de análisis en este extremo, garantiza que la contraprestación se adecue a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares.*
- 67. Sobre el particular, el TSC considera sobre la base de los argumentos previamente desarrollados que, en el presente caso, en el caso de los contratos suscritos por SEAL con América Móvil y Multivisión, nos encontramos ante acuerdos celebrados en condiciones que no son similares, puesto que en el caso de Multivisión se contaba con una restricción administrativa, mientras que en el caso de América Móvil, no se acreditó al existencia de la misma.*
- 68. En conclusión, a criterio del TSC no sería aplicable en este caso, la cláusula de adecuación de condiciones más favorables, establecida en el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, debido a que los contratos materia de análisis no fueron suscritos en condiciones similares."*
- (Subrayado agregado)
- 3.19. Sin embargo, en la reclamación presentada por DISTRILUZ, se han podido observar dos diferencias trascendentales al pronunciamiento antes señalado: (i) dicha empresa no ha solicitado al Cuerpo Colegiado que determine si lo dispuesto en la Resolución Viceministerial debe ser acatado por ambas empresas en la relación de participación que mantienen, pues únicamente ha solicitado determinar los alcances de la norma de manera general, lo que no constituye competencia del Cuerpo Colegiado; y, (ii) la interpretación de la Resolución Viceministerial y



determinación del valor del denominador "Na" de la Metodología tendrá incidencia en la modificación de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y DISTRILUZ, lo que constituye competencia exclusiva del Consejo Directivo, en ejercicio de su función normativa.

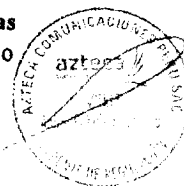
- 3.20. Por tanto, no corresponde que el caso planteado por DISTRILUZ sea resuelto por el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL en razón a su función de solución controversias, sino que debe ser analizado ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, que cuenta con facultades normativas específicas para determinar la contraprestación por el uso compartido de sus infraestructura que debe pagar AZTECA, ello luego de pronunciarse sobre cómo es que se debe aplicar la metodología prevista legalmente para definir la contraprestación en un contrato de compartición.
- 3.21. Finalmente, cabe señalar que el Consejo Directivo se encuentra próximo a emitir un mandato de compartición, pronunciándose sobre cuál es el valor correcto del denominador "Na" y, de ese modo, fijando la contraprestación que AZTECA deberá abonar por uso compartido de la infraestructura de DISTRILUZ, así como en el caso de las otras relaciones de compartición que mantiene con otras empresas eléctricas. Así, en siete casos, el Consejo Directivo ha aprobado los Proyectos de Mandato de Compartición de Infraestructura Eléctrica, señalando que es el órgano competente para resolver el verdadero conflicto entre las partes, los cuales adjuntamos al presente escrito.
- 3.22. En conclusión, el caso planteado por DISTRILUZ no corresponde ser resuelto por el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL en razón a su función de solución controversias, sino que debe ser ventilado ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, que cuenta con facultades normativas específicas para determinar la contraprestación por el uso compartido de sus infraestructuras que debe pagar AZTECA, ello luego de pronunciarse sobre la correcta aplicación del marco regulatorio vigente y, en particular, sobre los alcances de la RVM y el valor del denominador "Na" de la Metodología.

IV. SOBRE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS LEYES No. 28295 Y 29904

- 4.1. En su reclamación, DISTRILUZ señaló que la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 tienen finalidades contrapuestas, por lo que los criterios que pueden determinarse con cada norma no podrían ser aplicados a la otra. A criterio de DISTRILUZ, no corresponde que se tenga en cuenta los precedentes de OSIPTEL y, con ello, se utilicen los criterios previamente establecidos respecto de la Ley No. 28295, debido a que esta norma protege a los usuarios finales, mientras que la Ley No. 29904 únicamente beneficiaría a los operadores neutros (empresas).
- 4.2. Sobre el particular, corresponde aclarar que no se debe caer en el error de considerar que los precedentes de OSIPTEL mencionados en el acápite anterior, que fueron establecidos respecto de una relación de compartición al amparo de la Ley No. 28295, no pueden ser aplicados a los casos en los que el Contrato de Compartición haya sido suscrito bajo el marco regulatorio de la Ley No. 29904. Por el contrario, la lectura de ambas normas debe consensuarse, como también lo ha reconocido la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL en los Informes que sustentan los proyectos de mandato aprobados por el Consejo Directivo.



- 4.3. En efecto, se debe advertir que, el interés público protegido tanto en la Ley No. 28295 y la Ley No. 29904 es el mismo, dado que ambas normas consideran de necesidad nacional reguardar el acceso y uso de infraestructura compartida. Así, en ambos casos, las referidas leyes buscan proteger al operador de telecomunicaciones frente al poder de mercado que tiene el titular de la infraestructura, para que no coloque barreras económicas a la compartición y, con ello, pueda garantizarse la eficiencia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- 4.4. Por tanto, es falso que la Ley No. 28295 sea la única disposición en materia de compartición de infraestructura que beneficie a los usuarios finales, puesto que el régimen de Banda Ancha (Ley No. 29904) protege la viabilidad y despliegue de la Red Dorsal y, con ello, se permite la prestación ininterrumpida de servicios públicos de telecomunicaciones al usuario final. El hecho de la Ley No. 29904 regule un régimen especial de compartición, no enerva su real naturaleza (régimen de acceso a infraestructura), sólo refleja la importancia que el Estado peruano le da al adecuado despliegue de la Red Dorsal, dándole una especial protección al tutelar, en este caso, mediante un precio máximo, al operador concesionario de dicha red, para evitar que sea víctima del ejercicio del poder de mercado de los titulares de la infraestructura eléctrica.
- 4.5. En consecuencia, ambas normas generan beneficios al usuario final y no tienen finalidades contrapuestas, como falazmente plantea DISTRILUZ, por lo que deben leerse en conjunto, así como que los criterios fijados deben ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Es, pues, evidente, que DISTRILUZ ha planteado un falso dilema: no es cierto que se tenga que separar o distinguir un régimen del otro, para considerar que uno sí protege a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final y el otro no. Ambos regímenes lo hacen, por tratarse de sistemas que **garantizan el acceso a infraestructura** para evitar que el titular de ésta imponga barreras económicas a los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, afectando así a los usuarios finales e impidiendo, en este caso, que se cumpla la política pública y el interés nacional de que todos los peruanos accedamos a los beneficios de la banda ancha.
- 4.6. De ese modo, no puede concluirse que como retribución fue fijada por el MTC en el Reglamento de la Ley No. 29904, no resulta de aplicación el régimen general de acceso a infraestructura fijado por la Ley 28295, pues se trataría de un régimen distinto al que no cabe aplicar el criterio del caso Multivisión vs. SEAL invocado por nuestra parte, en donde sí se tiene que determinar a cuánto asciende la contraprestación, porque no estaría fijada en una norma. Nada más falso: como ya ha sido indicado en el acápite anterior del presente escrito, **no es que el Reglamento establezca un precio fijo, determinado e inamovible para toda relación de compartición, dicha norma únicamente establece un tope por debajo del cual las partes (la empresa eléctrica y el concesionario de la Red Dorsal) pueden y deben negociar.**
- 4.7. Entonces, NO estamos ante un régimen en el que, habiéndose fijado una retribución por el MTC, no cabe mandato del Consejo Directivo de OSIPTEL sino interpretación de sus alcances y aplicación a la ejecución contractual, como incorrectamente plantea DISTRILUZ; **estamos ante un régimen particular de acceso a infraestructura que tiene una Metodología para determinar un precio tope regulatorio que debe ser observado en la negociación entre las partes.** Si la negociación no da resultado, corresponde que se dicte un mandato por el Consejo Directivo y, en ese sentido, no cabe una interpretación de la norma del MTC por el Cuerpo Colegiado, como equivocadamente plantea la reclamante.



- 4.8. En consecuencia, como lo viene planteando AZTECA, lo que corresponde es la aplicación de una regulación escalonada¹⁴, es decir, un régimen en el que, la regulación en principio, da libertad a las partes para negociar dentro del tope, pero, por la cual interviene el Consejo Directivo cuando la parte beneficiaria del régimen de acceso lo requiere por no poder llegar a un acuerdo con el monopolista eléctrico, para que determine si la retribución es la que corresponde según el tope regulatorio.
- 4.9. Así pues, no se trata de interpretar una norma que ya fijó una retribución inamovible, como pretende sostener DISTRILUZ, se trata de determinar si, en la fijación de la contraprestación, se respetaron los principios y reglas del acceso a infraestructura en cuanto al tope regulatorio se refiere y, en atención a ello, modificar la contraprestación para que respete el precio máximo legal, lo que nuestra parte, correctamente, **ha solicitado al Consejo Directivo del OSIPTEL**. DISTRILUZ pretende disfrazar este real problema de una controversia susceptible de ser conocida por el Cuerpo Colegiado. Confiamos en que el Cuerpo Colegiado sepa reconocer el real problema existente, cuya resolución no es de su competencia.
- 4.10. En atención a lo señalado, corresponde que el Cuerpo Colegiado desestime los argumentos planteados por DISTRILUZ y declare **improcedente** la reclamación, puesto que, en atención a la normativa vigente y a los precedentes de OSIPTEL, la modificación de la contraprestación por el uso compartido de infraestructura, luego de una renegociación infructuosa, es competencia exclusiva del Consejo Directivo, a través de la emisión de un mandato.

POR TANTO:

AL CUERPO COLEGIADO SOLICITAMOS: que, en consideración a los argumentos expuestos, se declara **IMPROCEDENTE** la reclamación.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos en calidad de anexos copia de los siguientes documentos:

- Anexo I-A : Copia del poder de nuestro representante
Anexo I-B : Copia del DNI de nuestro representante.
Anexo I-C : Copia de las comunicaciones cursadas con las empresas del grupo DISTRILUZ.
Anexo I-D : Copia del cargo de las solicitudes de emisión de mandato de participación.
Anexo I-E : Copia de los informes elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, en atención a las solicitudes de mandato de participación de infraestructura presentadas por AZTECA.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 151-152.

"(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que -encaso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que -según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad. La regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece así como "red de reserva" (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)"



SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Para los efectos de la defensa de AZTECA en el presente procedimiento, sin perjuicio de otros representantes, también autorizamos a los señores Jorge Danós Ordóñez, con Registro C.A.L. Np. 12447, Teresa Tovar Mena, con Registro C.A.L. N° 19018; Hugo Alonzo Navarro, con Registro CAL No. 46295; y Eileen Infantas Montaldo, con DNI No. 46427097, para que indistintamente, de manera individual o conjunta, puedan pedir copias simples o certificadas del presente expediente, acceder a su lectura, participar en actos y presentar escritos en defensa de AZTECA.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, solicitamos el uso de la palabra con la finalidad de exponer los argumentos legales que sustentan el presente escrito. En dicha actuación seremos representados por cualquiera de los abogados mencionados en el Segundo Otrosí Decimos o por la persona que se designe oportunamente.

Lima, 30 de enero de 2018.



ANDRÉ ROBILLIARD ESCOBAL
GERENTE DE REGULACIÓN