

|                   |   |                                                                                                                                                                                            |
|-------------------|---|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>A</b>          | : | GERENCIA GENERAL                                                                                                                                                                           |
| <b>ASUNTO</b>     | : | RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR HIDRANDINA S.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 154-2018-CD/OSIPTEL |
| <b>REFERENCIA</b> | : | EXPEDIENTE N° 00016-2017-CD-GPRC/MC                                                                                                                                                        |
| <b>FECHA</b>      | : | 27 de agosto de 2018                                                                                                                                                                       |

|                       | <b>Cargo</b>                                    | <b>Nombre</b>         |
|-----------------------|-------------------------------------------------|-----------------------|
| <b>ELABORADO POR:</b> | ANALISTA DE POLÍTICAS REGULATORIAS              | JORGE HUAMAN SÁNCHEZ  |
|                       | COORDINADOR DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD           | JOSÉ ROMERO ALCALDE   |
| <b>REVISADO POR:</b>  | SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD            | TATIANA PICCINI ANTON |
| <b>APROBADO POR:</b>  | GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA | LENNIN QUISO CÓRDOVA  |

**1. OBJETO.**

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Hidrandina S.A. (en adelante, HIDRANDINA), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 154-2018-CD/OSIPTel (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00016-2017-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) e HIDRANDINA, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 20 de marzo de 2015 (en adelante, el Contrato).

**2. ANTECEDENTES.**

- 2.1 Mediante carta DJ-1247/17 recibida el 18 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a HIDRANDINA que el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el contrato de compartición de infraestructura suscrito con HIDRANDINA el 20 de marzo de 2015, se adecuara al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC<sup>1</sup>, considerando: (i) la modificación de las variables "f" y "m" realizada a través de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y (ii) la posición respecto a la retribución emitida por el OSIPTel en Mandatos de Compartición de Infraestructura.
- 2.2 Mediante carta DJ-1959/17 recibida el 29 de diciembre de 2017, AZTECA solicita al OSIPTel, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con HIDRANDINA el 20 de marzo de 2015.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 154-2018-CD/OSIPTel del 5 de julio de 2018 se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a HIDRANDINA y AZTECA el 10 y 11 de julio de 2018, mediante las cartas C.00480-GCC/2018 y C.00479-GCC/2018, respectivamente.
- 2.4 Mediante Escrito N° 8, recibido el 1 de agosto de 2018, HIDRANDINA interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.

<sup>1</sup> "Artículo 30.- Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos.

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



- 2.5 Mediante carta C.00506-GPRC/2018 recibida el 3 de agosto de 2018, se corrió traslado a AZTECA del recurso de reconsideración interpuesto por HIDRANDINA, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
- 2.6 Mediante carta DJ-1473/18 recibida el 9 de agosto de 2018, AZTECA remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por HIDRANDINA.
- 2.7 Mediante carta C.00532-GPRC/2018, recibida el 20 de agosto de 2018, se corrió traslado a HIDRANDINA de los comentarios de AZTECA respecto de su recurso de reconsideración.

### **3. PROCEDENCIA Y PRETENSIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.**

HIDRANDINA ha interpuesto un recurso de reconsideración el 1 de agosto de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2018-CD/OSIPTel, efectuada el 10 de julio de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por HIDRANDINA como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTel<sup>2</sup> y el trámite que este Organismo Regulador brinda a los recursos que interponen los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

En ese sentido, corresponde brindar al recurso de reconsideración de HIDRANDINA el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

En cuanto a la pretensión planteada por HIDRANDINA, solicita al Consejo Directivo anule el Mandato de Compartición en todos sus extremos y por tanto la solicitud presentada por AZTECA sea rechazada, por cuanto:

- Es improcedente dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato de acceso y uso de Infraestructura previamente celebrado con AZTECA.
- El Consejo Directivo del OSIPTel carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso y para modificar una retribución

<sup>2</sup> Reglamento General del OSIPTel, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

El OSIPTel ponderará con justicia e imparcialidad y con estricto apego, a las normas pertinentes, los intereses de las empresas operadoras de servicios y de los usuarios. Casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga." [El subrayado es agregado]



que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

- Existen contradicciones sobre el valor que le corresponde al denominador "Na" establecido en el Anexo 1 del artículo 30 de la Ley 29904.
- OSIPTEL no está facultado para modificar otros extremos del Contrato ajenos al cálculo de la retribución pactada.

#### **4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.**

##### **4.1. Procedencia para dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato de acceso y uso de Infraestructura**

HIDRANDINA indica como fundamento de su reconsideración que a lo largo del Informe N° 00146-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Compartición, el OSIPTEL ha omitido analizar que el artículo 62 de la Constitución señala que el contrato no puede ser modificado ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, como los mandatos que dicta el OSIPTEL, y que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados, únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial.

Al respecto, se debe aclarar que el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución, en concordancia con otras normas de rango constitucional, así como su aplicación al presente procedimiento, han sido ampliamente analizados en la sección 4.2 (literal c) del Informe N° 00146-GPRC/2018, al cual nos remitimos para ratificar que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Contrato (en el año 2015) establecían lo siguiente:

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



precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904).

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

Los referidos límites se observan precisamente en los precitados artículos 13.1 y 13.4 de la Ley N° 29904, cuando impone a los concesionarios de energía la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los operadores de telecomunicaciones, limitándoles la posibilidad de denegar dicho acceso y uso solo a causas que se definen normativamente, y además estableciendo que las contraprestaciones aplicables se determinan con una metodología también definida normativamente. Todo ello, en un esquema de intervención en el que se encarga a una entidad del Poder Ejecutivo (un Organismo Regulador), a través del artículo 32 de la Ley N° 29904, velar por el cumplimiento de las referidas limitaciones<sup>3</sup>.

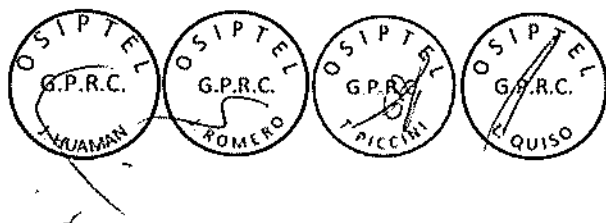
Cabe agregar que las limitaciones antes referidas son coherentes con: (i) el artículo 58 de la Constitución, que establece materias reservadas a la actuación principal del Estado, como son los servicios públicos e infraestructura, (ii) el artículo 61 de la Constitución, que impone al Estado el deber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

Bajo dicho marco constitucional, en el presente procedimiento sujeto a la Ley N° 29904, el OSIPTel ejerce funciones de Organismo Regulador que le han sido encomendadas a través de una ley orgánica<sup>4</sup>, relativas a la *“regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”*.

Se advierte que el cuestionamiento de HIDRANDINA se concentra en manifestar la falsedad de que el Contrato no haya observado adecuadamente la Metodología para cumplir con el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, por cuanto las partes entendieron que el factor “Na” fue igual a “1”.

<sup>3</sup> Cfr. con el artículo 32 de la Ley N° 29904.

<sup>4</sup> Cfr. con el artículo 32, numeral 1, de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.



Por otro lado, HIDRANDINA hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (en adelante, DGRAIC-MTC), donde se señala que el valor de "Na" es igual a "1" y, por ende, el OSIPTel como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC.

Al respecto, se debe precisar, en primer lugar, que lo mencionado por la DGRAIC-MTC en su Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, respecto del supuesto valor que debe asumir la variable "Na" de la Metodología; difiere de la posición final y definitiva expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la RVM N° 768.

En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017 -presentado por AZTECA con su solicitud de mandato-, se observa que el Viceministerio de Comunicaciones indicó lo siguiente respecto del valor del parámetro Na:

"(...)

Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro *Na* es igual a 3<sup>a</sup> independientemente del número de arrendatarios efectivos.

(...)" [El subrayado es agregado]

Cabe señalar que, del análisis de la Metodología efectuado por el OSIPTel -que, complementando lo señalado en el Mandato de Compartición, se detallará en párrafos subsiguientes-, la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26 es inconsistente con la Metodología, lo que no sucede con la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del "*número de arrendatarios efectivo*" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Ahora bien, es preciso enfatizar que, en tanto el OSIPTel es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica, incluso si ello implicara adoptar un criterio que difiriera del de la DGRAIC-MTC, por cuanto debe ejercer el encargo legal antes señalado conforme al marco normativo aplicable. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato se ha analizado los fundamentos de la Metodología como aspecto necesario para dictar el Mandato de Compartición en los términos indicados en el Informe N° 00146-GPRC/2018, según se detallará en párrafos subsiguientes.



De otro lado, en atención a los fundamentos del recurso de reconsideración, se considera necesario enfatizar lo señalado en los acápites 4.1 y 4.2 del Informe N° 00146-GPRC/2018, a través de los cuales se explica que la mención al artículo 1351 del Código Civil es en cuanto éste define el concepto legal de "contrato" y éste concepto es exactamente el mismo que se emplea en el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 y en el presente procedimiento. En el transcurso de este procedimiento, HIDRANDINA ha pretendido entender que un contrato no es lo que la ley establece lo que es y que un contrato no puede modificar, regular ni extinguir relaciones jurídicas de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 29904 y que, ante la falta de acuerdo para celebrar un contrato, la parte respectiva no tiene el derecho de solicitar la intervención del OSIPTel en la vía de mandato como lo dispone el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904; sin embargo, las razones por las cuales el OSIPTel no acoge el errado entendimiento de HIDRANDINA, han sido analizadas a detalle en el precitado Informe N° 00146-GPRC/2018.

Finalmente, en cuanto a los argumentos expuestos por HIDRANDINA respecto de la improcedencia de dictar un mandato cuando existe un contrato y que el Consejo Directivo del OSIPTel carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso, son similares a los argumentos presentados al comentar el Proyecto de Mandato y que fueron detalladamente analizados en el acápite 4.2 del Informe N° 00146-GPRC/2018. En tanto los fundamentos fácticos y jurídicos del referido acápite no han sido cuestionados por HIDRANDINA de manera puntual, se reiteran en todos sus extremos en respuesta a lo señalado en los extremos bajo análisis del recurso de reconsideración.

En consecuencia, del análisis de los extremos del recurso de reconsideración antes mencionados, queda descartado que el Mandato de Compartición vulnere de algún modo a los principios de Legalidad, Debido Procedimiento o cualquier otra norma que determine su revocatoria.

De otro lado, HIDRANDINA sostiene que el OSIPTel carece de competencia para modificar dicho acuerdo. Al respecto, se reitera lo señalado en los acápites 4.1 y 4.2 del Informe N° 00146-GPRC/2018, en donde se indica la base jurídica que habilita la intervención del OSIPTel para modificar las relaciones de compartición de infraestructura creadas mediante un contrato sujeto a la Ley N° 29904, base jurídica que HIDRANDINA ha persistido en obviar al presentar su posición y comentarios en el presente procedimiento.

En específico, HIDRANDINA insiste en sostener su equivocada interpretación del artículo 62 de la Constitución, no obstante que el OSIPTel ha explicado con detalle en el precitado Informe N° 00146-GPRC/2018, que dicho artículo ha sido desarrollado legislativamente y ponderado por el Congreso de la República para que su aplicación sea coherente con los artículos 58 y 119 de la Constitución (v.g. actuación del Estado en materia de servicios públicos), en particular, en el ámbito de la compartición de infraestructura eléctrica para la masificación de las redes y servicios de Banda Ancha. Esta materia se encuentra sujeta a normativa especial como es el caso de la Ley N°



29904, que claramente se sustenta en los fines de interés general declarados en sus artículos 1, 2 y 3. No obstante, HIDRANDINA viene reiterando sus cuestionamientos sin hacer mención alguna a los fundamentos expuestos por el regulador; por lo cual, no corresponde realizar mayores comentarios y nos remitimos a lo señalado anteriormente.

Finalmente, se reitera que el Mandato de Compartición se encuentra referido de manera específica a la solicitud de AZTECA formulada a HIDRANDINA en agosto de 2017, para adecuar las contraprestaciones periódicas del Contrato, al precio máximo resultante de la aplicación de la metodología prevista en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904. Por consiguiente, se reitera que las consideraciones bajo las cuales las partes obraron al crear su relación de compartición en marzo de 2015, y si éstas actuaron con desconocimiento, bajo error, negligencia, buena o mala fe, u otras consideraciones, no han sido materia del pronunciamiento contenido en el Mandato de Compartición; correspondiendo que ello sea determinado en los procedimientos regulados por el marco jurídico aplicable, en los que, en su caso, las partes podrán requerir a la autoridad respectiva la aplicación de los remedios que estimen pertinentes respecto de las condiciones que rigieron la relación de compartición hasta su modificación mediante el Mandato de Compartición.

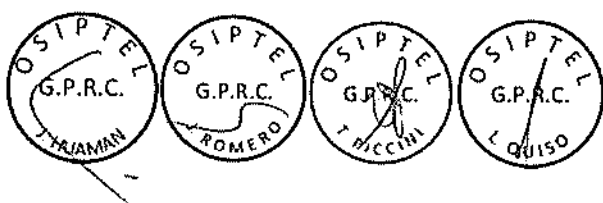
En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas en los párrafos previos de la presente sección, los argumentos presentados por HIDRANDINA deben ser desestimados.

**4.2. El Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso y para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.**

HIDRANDINA manifiesta que carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que en el Mandato de Compartición se haya modificado dicha variable cuando un Decreto Supremo fija el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

En primer término, se debe aclarar que en el Mandato de Compartición no se "modifica" la variable "Na"; en modo distinto, y tal como se observa en el Informe N° 00146-GPRC/2018, al aplicar la Metodología respecto de la infraestructura eléctrica de HIDRANDINA para la relación de compartición que mantiene con AZTECA, del análisis realizado se concluye que el valor del referido parámetro debe ser igual a tres (3) para mantener la consistencia de dicha Metodología y remunerar de manera exacta los sobrecostos (además del margen de utilidad razonable) que se generan en dicha infraestructura con la operación de un (1) cable de comunicaciones.

La referida posición ha sido detallada en los acápites 4.3.1 y 4.3.2 del Informe N° 00146-GPRC/2018, a los cuales nos remitimos para absolver los argumentos expuestos por HIDRANDINA en su recurso de reconsideración. Asimismo, de manera complementaria,



considerando que en dicho recurso se hace referencia al Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 de la DGRAIC-MTC, que señala que el valor del parámetro "Na" corresponde al "número efectivo de arrendatarios", resulta pertinente señalar que en los proyectos normativos que precedieron a la RVM N° 768, el MTC planteó: (a) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 (febrero 2017), un valor de " $f$ " = 5,8%, y (b) en el proyecto publicado por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 (julio del 2017), un valor de " $f$ " = 6,1%. En ambos casos, la construcción metodológica consideró para el cálculo de la variable " $f$ " = 6,1%, la instalación de un (1) único cable de comunicaciones. En efecto, en la página 9 del Informe N° 256-2017-MTC/26, publicado en su integridad en la página web del MTC<sup>5</sup>, que sustentó la propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, textualmente se indicó lo siguiente:

"(...)

En ese sentido, esta nueva propuesta considera para el cálculo de la variable " $f$ ", la instalación de solo un (01) cable de FO por cada arrendatario en lugar de tres (03). De modo que cada arrendatario pagará de forma justa por la infraestructura que realmente utiliza.

(...)" [El subrayado es agregado]

Sin embargo, las propuestas normativas publicadas tanto por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 como por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, difieren metodológicamente del dimensionamiento considerado en la RVM N° 768, que finalmente aprobó el valor de " $f$ " = 18,3% considerando tres (3) cables de comunicación. Lo señalado se muestra en el siguiente esquema:

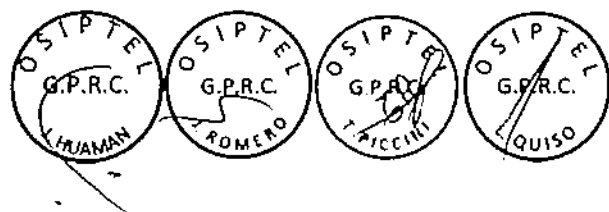
**CUADRO N° 01:**  
**COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO "f"**

| PROYECTOS DE MODIFICACIÓN<br>METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN                                           |                                                                                                                    | NORMA APROBADA<br>METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN                                                    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROYECTO PARA<br>COMENTARIOS 1<br>(Exposición de Motivos de la<br>Resolución N° 133-2017-<br>MTC/03)              | PROYECTO PARA<br>COMENTARIOS 2<br>(Informe N° 256-2017-MTC/26<br>que sustenta la Resolución N°<br>698-2017-MTC/03) | APROBACIÓN DE LA<br>MODIFICATORIA<br>(Exposición de Motivos de la<br>Resolución N° 768-2017-<br>MTC/03)            |
| El dimensionamiento del costo<br>total de compartición considera<br>la instalación de 01 cable de<br>comunicación | El dimensionamiento del costo<br>total de compartición considera<br>la instalación de 01 cable de<br>comunicación  | El dimensionamiento del costo<br>total de compartición considera<br>la instalación de 03 cables de<br>comunicación |
| Valor de " $f$ " = 5,8%<br>(para media y alta)                                                                    | Valor de " $f$ " = 6,1%<br>(para media y alta)                                                                     | Valor de " $f$ " = 18,3%<br>(para media y alta)                                                                    |

<sup>5</sup> Documento publicado en el siguiente enlace:

[http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM\\_698\\_2017\\_MTC\\_03.pdf](http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM_698_2017_MTC_03.pdf)

Fecha de revisión: 29 de mayo de 2018.



|                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) | Resultado del ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) | Resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión) |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Como se observa del referido esquema, el MTC publicó para comentarios: (i) en febrero de 2017, un valor del parámetro "f" = 5,8% dimensionado respecto de la instalación de un cable de comunicación en la estructura de soporte eléctrico, y (ii) en julio de 2017, un valor del parámetro "f" = 6,1%, dimensionado también sobre la instalación de un cable de comunicación. Sin embargo, la RVM N° 768 fijó el parámetro "f" = 18,3%, considerando una única variación metodológica, referida ésta al número de cables empleado para el dimensionamiento del costo total de compartición, pero manteniendo los demás criterios metodológicos considerados en los dos proyectos previos, es decir, el peso promedio por cable de fibra óptica, el peso promedio por línea de transmisión y el ratio entre ambos pesos.

En ese sentido, la Metodología en vigor, fija el parámetro "f" = 18,3% considerando la instalación de tres (3) cables de comunicación en la infraestructura de soporte eléctrico y el incremento porcentual de los costos que se generan para el titular de dicha infraestructura al instalar en ésta los tres (3) cables antes indicados. Por consiguiente, si un arrendatario solo tiene un (1) cable de comunicación, el sobre costo que genera y que debe remunerar al concesionario eléctrico es el que corresponde a su respectivo cable, esto es, la tercera parte de 18,3%. En esa línea, a continuación se muestran los valores de retribución mensual que corresponderían a cada valor del parámetro "f", para cada uno de los tres momentos referidos anteriormente:

**CUADRO N° 02:  
COMPARATIVO DE LOS VALORES DE RETRIBUCIÓN MENSUAL**

| <b>PROYECTOS DE MODIFICACIÓN<br/>METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN</b>                            |                                                                                                                                | <b>NORMA APROBADA<br/>METODOLOGÍA = TRES (3)<br/>CABLES DE COMUNICACIÓN</b>                                   |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROYECTO PARA<br/>COMENTARIOS 1<br/>(Exposición de Motivos de la<br/>Resolución N° 133-2017-MTC/03)</b> | <b>PROYECTO PARA<br/>COMENTARIOS 2<br/>(Informe N° 256-2017-MTC/26 que<br/>sustenta la Resolución N° 698-<br/>2017-MTC/03)</b> | <b>APROBACIÓN DE LA<br/>MODIFICATORIA<br/>(Exposición de Motivos de la<br/>Resolución N° 768-2017-MTC/03)</b> |
| Costo total de compartición por la<br>instalación de 01 CABLE DE<br>COMUNICACIÓN                           | Costo total de compartición por la<br>instalación de 01 CABLE DE<br>COMUNICACIÓN                                               | Costo total de compartición por la<br>instalación de 03 CABLES DE<br>COMUNICACIÓN                             |
| VALOR DE "f" = 5,8%<br>(para media y alta)                                                                 | VALOR DE "f" = 6,1%<br>(para media y alta)                                                                                     | VALOR DE "f" = 18,3%<br>(para media y alta)                                                                   |
| "Na" = 1                                                                                                   | "Na" = 1                                                                                                                       | "Na" = 3                                                                                                      |
| Retribución mensual<br>(US\$, sin IGV)                                                                     | Retribución mensual<br>(US\$, sin IGV)                                                                                         | Retribución mensual<br>(US\$, sin IGV)                                                                        |



|                      |       |                      |       |                      |       |
|----------------------|-------|----------------------|-------|----------------------|-------|
| EC060COU0S0-240-S1   | 2,25  | EC060COU0S0-240-S1   | 2,15  | EC060COU0S0-240-S1   | 2,15  |
| EMSU2P60C3           | 3,36  | EMSU2P60C3           | 3,20  | EMSU2P60C3           | 3,20  |
| TA060SIR1S1C1240FS-3 | 6,76  | TA060SIR1S1C1240FS-3 | 6,44  | TA060SIR1S1C1240FS-3 | 6,44  |
| TA060SIR1S1C1240FR-3 | 18,07 | TA060SIR1S1C1240FR-3 | 17,22 | TA060SIR1S1C1240FR-3 | 17,22 |

Observando un horizonte temporal, se pueden identificar dos momentos claves. El primero, con la publicación para comentarios de los valores propuestos por el MTC para el parámetro "f" de 5,8% y 6,1% (publicados en febrero y julio de 2017, respectivamente), en cuyos casos, según el análisis efectuado por el OSIPTel corresponde considerar un valor del "Na" igual a uno (01). Un segundo momento, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro "f" de 18,3% (aprobado en agosto de 2017), en cuyo caso, según el análisis efectuado por el OSIPTel corresponde considerar un valor del "Na" igual a tres (03). Asimismo, no habiendo el MTC cambiado su metodología para estimar el valor del parámetro "f" más que en el dimensionamiento del número de cables (tal como se evidencia en el Cuadro N° 01), el costo de compartición que debe pagar un arrendatario no podría triplicarse en relación al último proyecto publicado para comentarios.

De esta manera, se puede evidenciar que el MTC a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03 cursado por el Viceministro de Comunicaciones (citado en párrafos precedente), quien suscribe la modificatoria, es consistente con este segundo momento señalado, es decir, a partir de la aprobación del valor definitivo para el parámetro "f" = 18,3%, en el que el pronunciamiento del MTC es que corresponde considerar un valor del "Na" igual a tres (03). Asimismo, se obtiene los mismos valores de retribución mensual, considerando tanto el valor del parámetro "f" señalado en el último proyecto para comentarios y dicho valor señalado en la norma aprobada, considerando la posición final del MTC y el análisis del OSIPTel respecto del valor de la variable "Na".

En ese contexto, lo señalado por la DGRAIC-MTC en el Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 –presentado por HIDRANDINA con su recurso de reconsideración- que considera que el valor de "Na" corresponde al "*número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo*", es claramente inconsistente con el propio diseño metodológico considerado por el Viceministerio de Comunicaciones al aprobar la RVM N° 768.

En efecto, asumir la posición del citado Oficio N° 579-2017-MTC/26 implicaría avalar que un arrendatario que genera un sobre costo OPEX del 6.1% al utilizar la infraestructura eléctrica para su cable de comunicación, no remunerar dicho sobre costo sino el equivalente al triple del mismo (18.3%), considerando además la aclaración realizada por el MTC en el numeral 2.5.3 del Informe N° 292-2017-MTC/26 que sustentó la RVM N° 768. Ello, contraviene de manera evidente la regla legal dispuesta en el artículo 13.4.b de la Ley N° 29904, de remuneración de "*la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable*", por cuanto en los hechos se remuneraría al



concesionario eléctrico la operación y mantenimiento incremental (OPEX incremental) con un margen de utilidad que supera el doble de dichos costos, es decir, un margen de utilidad a todas luces irrazonable por cuanto duplica al costo de provisión de la facilidad, siendo además que no se tiene referencia alguna de márgenes de utilidad que se ubiquen en tales niveles en prestaciones sujetas a regulación económica. Ese resultado de la aplicación de la Metodología carece de sustento económico y debe ser descartado por contravenir la regla de remuneración de costos y margen de utilidad razonable de la Ley N° 29904 antes citada.

En esa línea, aceptar la posibilidad que la cantidad a ser recibida por el concesionario eléctrico sea constante como resultado de la aplicación de la Metodología -esto es, una cantidad desvinculada de la cantidad de cables de comunicación instalados-, implicaría también aceptar que un arrendatario remunere costos que no ha generado, es decir, que remunere costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la Ley N° 29904, que tiene por finalidad promover la masificación de la Banda Ancha en el país, no avala en ninguna de sus disposiciones que los concesionarios eléctricos puedan obtener ingresos injustificados y que impliquen sobrecostos para los operadores de telecomunicaciones, que se trasladarán a los mercados finales encareciendo o limitando el acceso a la Banda Ancha, estando ello en contrasentido con la finalidad y objeto de la Ley N° 29904. Cabe señalar, adicionalmente, que las inconsistencias con la Metodología que trae consigo la opinión expresada por la DGRAIC-MTC en el precitado Oficio N° 579-2017-MTC/26, no se observan en la opinión del Viceministro de Comunicaciones contenida en el antes citado Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, quien descarta que el parámetro Na de la Metodología deba asumir el valor del "número de arrendatarios efectivo" como incorrectamente lo consideró la DGRAIC-MTC.

Es preciso reiterar que, en tanto el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica dispuesta en el artículo 13 de la Ley N° 29904, debe asegurarse que la aplicación que haga de la Metodología sea consistente con los fundamentos técnicos, económicos y legales de la respectiva construcción metodológica. Es por ello que en el presente procedimiento de emisión de mandato, se ha analizado las exposiciones de motivos y los informes técnicos que sustentan la RVM N° 768 y sus respectivos proyectos publicados para comentarios mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 133-2017-MTC/03 y N° 698-2017-MTC/03.

En ese sentido, por lo señalado en los acápites 4.3.1 y 4.3.2 del Informe N° 00146-GPRC/2018, así como en los párrafos precedentes del presente Informe, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación establecida en estricta observancia de la



metodología establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como en este caso, a través de la emisión de un Mandato de Compartición, considerando las modificatorias a dicho Anexo 1 referidas anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre HIDRANDINA y AZTECA.

Asimismo, al momento de la firma del Contrato las partes son conscientes y aceptan, que mediante una resolución viceministerial puede aprobarse modificatorias a los parámetros m, l, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de compartición (Contratos o Mandatos), en salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

En consecuencia, por las consideraciones desarrolladas en los párrafos previos de la presente sección, los argumentos presentados por HIDRANDINA deben ser desestimados.

#### **4.3 Facultad de modificar otros extremos del Contrato ajenos al cálculo de la retribución pactada.**

HIDRANDINA manifiesta que el Consejo Directivo habría intervenido en otras cláusulas del Contrato, pese a que las mismas fueron libremente pactadas entre AZTECA e HIDRANDINA y que no involucraban, en absoluto, el monto mensual de retribución, como es el caso de la fianza. Por tanto, este extremo de la Resolución Impugnada sería ilegal y debiera ser anulado, puesto que transgrede lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución.

Al respecto, se debe señalar que el OSIPTel ha emitido el Mandato de Compartición de acuerdo a las facultades previstas en el marco normativo, estableciendo los términos y condiciones que permitan, tanto el establecimiento de una contraprestación mensual consistente con la metodología legalmente establecida, como los mecanismos que hagan eficaz su aplicación y cobro. En particular, estas condiciones están referidas a la retribución mensual a la que tiene derecho HIDRANDINA, pero también a las condiciones para que dicha empresa pueda ejercer ese derecho. En esa línea, el derecho de HIDRANDINA a verse retribuido por la prestación que otorga, no solo pasa por determinar el monto que cubra los costos de la provisión que le brinda a AZTECA (contraprestación mensual), sino también pasa por incluir todos aquellos aspectos económicos y elementos conexos que le permitan a HIDRANDINA tener certidumbre sobre dicha retribución, incluyendo escenarios de falta de pago.

En ese contexto, el Mandato de Compartición no ha modificado ninguna cláusula del Contrato, suscrito entre HIDRANDINA y AZTECA, relacionada a fianzas, sino más bien ha incluido este instrumento como mecanismo para que HIDRANDINA asegure una retribución a la que tiene derecho de acuerdo al marco legal vigente. En efecto, debe señalarse que el otorgamiento de la fianza es una condición económica que es inherente, complementaria y necesaria a la obligación legal de los operadores de



telecomunicaciones de remunerar los costos incrementales que se generan en la infraestructura eléctrica. En ese sentido, no resulta correcto lo señalado por HIDRANDINA respecto a que la fianza no involucra el monto mensual de la retribución, por cuanto es un costo del acceso y uso de la infraestructura compartida que debe ser asumido por el operador de telecomunicaciones, basado en la racionalidad económica de garantizar al concesionario eléctrico el pago de las retribuciones a las que se encuentra obligado por la propia Ley N° 29904.

Complementariamente, se debe señalar que el OSIPTel ha incluido en el Mandato de Compartición, la emisión de una carta fianza a favor de HIDRANDINA, sobre la base del marco legal vigente y anteriores pronunciamientos<sup>6</sup>, en donde todos los concesionarios eléctricos tienen el derecho de que sus prestaciones sean retribuidas y los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de garantizar dicha retribución. En esa línea, la Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) establece lo siguiente:

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

*(...)*

***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:***

*(...)*

***d. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos no podrán efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones, que constituyan conductas anticompetitivas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (...)***

De otro lado, el Reglamento General del OSIPTel (Decreto Supremo N° 008-2001-PCM) también define la aplicación de este principio:

***“Artículo 5.- Principio de No Discriminación***

Las decisiones y acciones del OSIPTel se orientarán a garantizar que las empresas operadoras participantes en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones no sean discriminadas.”

<sup>6</sup> Se pueden citar, entre otros, los siguientes pronunciamientos: (i) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. aprobado por Resolución N° 046-2018-CD/OSIPTel, (ii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Red Eléctrica del Sur S.A., aprobado por Resolución N° 045-2018-CD/OSIPTel, (iii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A., aprobado por Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTel, (iv) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Luz del Sur S.A.A., aprobado por Resolución N° 062-2018-CD/OSIPTel, (v) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Dunas S.A.A., aprobado por Resolución N° 080-2018-CD/OSIPTel, (vi) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Statkraft S.A., aprobado por Resolución N° 097-2018-CD/OSIPTel, y (vii) Mandato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. e Inversiones Shaqsha S.A.C., aprobado por Resolución N° 098-2018-CD/OSIPTel.



En virtud de lo anterior, para mantener condiciones no discriminatorias, se han incorporado las condiciones económicas que hagan viable el pago de dichas obligaciones, las cuales han sido establecidas de manera uniforme en las relaciones de compartición antes descritas. De otro lado, conforme se ha señalado en anteriores pronunciamientos, la obligación de que AZTECA emita una fianza equivalente a un (1) mes de renta se deriva de que los titulares de infraestructura que brindan el acceso a AZTECA enfrentarían un menor riesgo de ocurrencia de falta de pago por capacidad financiera, en comparación con el resto de relaciones de compartición (v.g. mandatos emitidos por el OSIPTTEL entre concesionarios eléctricos y otros operadores de telecomunicaciones, o en el caso de la oferta básica de compartición del Proveedor Importante).

Sobre el particular, los numerales 39 y 42 del Escrito N° 2, presentado por HIDRANDINA el 1 de febrero de 2018, mediante el cual absuelve la solicitud de emisión de mandato de compartición de AZTECA:

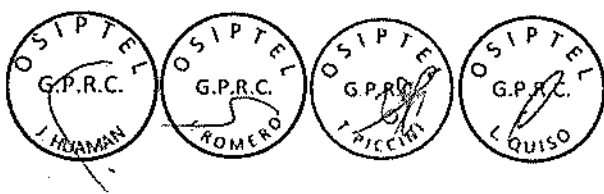
<http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res154-2018-cd-osiptel/res154-antecedente2.pdf>, establece lo siguiente:

*"39. (...) Es decir que los ingresos por RPI y RPMO tienen calidad de ingreso garantizados para AZTECA."*

*"42. Entonces, como se puede apreciar, el Contrato de Concesión establece un régimen financiero y económico estable a favor de AZTECA, con ingresos garantizados asociados a los costos de inversión, y de operación y mantenimiento incluidos en la oferta económica presentada por AZTECA al momento de adjudicarse la concesión."*

En ese sentido, conforme la misma HIDRANDINA afirma, AZTECA como operador de la RDNFO, tiene asegurado un flujo de ingreso a lo largo de la vida útil del proyecto, lo que reduce el riesgo de ocurrencia de una falta de pago por capacidad financiera, en relación al resto de casos de arrendamiento de infraestructura. Es importante señalar que en todos los mandatos de compartición emitidos por el OSIPTTEL, entre AZTECA y un concesionario eléctrico, se ha establecido el valor de la carta fianza que AZTECA debe otorgar en favor del concesionario eléctrico, en un monto equivalente a un (1) mes de retribución mensual. De esa forma, considerando el contexto de operación de AZTECA, como parte de las condiciones del Mandato de Compartición emitido, se consideró que el valor de la carta fianza a ser otorgada a HIDRANDINA para garantizar sus obligaciones económicas, sea un monto equivalente a una renta mensual. Dicho monto, no perjudica a HIDRANDINA ya que corresponde, en estricto, a la deuda impaga, y no le genera costos innecesarios a AZTECA más que los derivados de la habitual práctica comercial de emisión de garantías.

En efecto, según lo establecido en el Mandato de Compartición, el ciclo de facturación de la retribución periódica es mensual, por lo que ante la emisión de una factura y una potencial falta de pago de ésta, HIDRANDINA tiene el derecho de ejecutar la garantía



una vez que dicha deuda haya devenido en exigible, es decir, transcurrido el plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. De esta manera, HIDRANDINA no vería afectado sus intereses ya que puede ejercer su derecho de ejecutar la citada garantía en el momento en que AZTECA no cumpla con el pago por el correspondiente mes, ya que el monto de ésta garantiza eficazmente el valor de la retribución mensual establecida en el Mandato de Compartición emitido, a la vez que no generar costos innecesarios.

Adicionalmente, es necesario precisar que en el supuesto en que HIDRANDINA ejecute la garantía por un determinado mes, AZTECA tiene la obligación de reemplazarla por otra carta fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución. El monto de la carta fianza ejecutada cubrirá el pago adeudado por dicho mes. Asimismo, se establece que esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de HIDRANDINA debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. Es decir, que en el hipotético caso que AZTECA incumpliera con el pago de la factura de algún mes, HIDRANDINA estaría habilitada para ejecutar la carta fianza vigente, y ésta sería reemplazada en el plazo establecido, quedando así habilitada la carta fianza para un posible futuro incumplimiento de alguna factura mensual emitida. En consecuencia, conforme a lo señalado, se desestiman los cuestionamientos de HIDRANDINA en este extremo de su recurso de reconsideración, por lo que no corresponde modificar el Mandato de Compartición.

## **5. POSICIÓN DE AZTECA RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE HIDRANDINA.**

AZTECA ha respondido a los cuestionamientos efectuados por HIDRANDINA mediante su recurso impugnatorio, contradiciéndolos en todos sus extremos. Los aspectos principales de la posición de AZTECA (referidos específicamente al Mandato de Compartición) se resumen a continuación:

### **5.1. El Contrato no es inmutable.**

AZTECA considera que se ha podido evidenciar que carece de total sentido que el Contrato sea inmutable y las partes no puedan modificar las condiciones inicialmente pactadas y que tengan que sujetarse a las comunicaciones que sostuvieron antes de la suscripción del pacto. Manifiesta que la modificación del Contrato resulta necesaria y de toda justicia, pues, en el presente caso, la modificación de la contraprestación obedece a que se ha verificado la vulneración a una norma imperativa, ya que se ha venido exigiendo el pago de una retribución al menos tres veces mayor al límite que fijó el Reglamento.



**5.2. El Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato.**

AZTECA, considera que de acuerdo con el marco legal vigente el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandato para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el acceso y el uso compartido de infraestructura, siendo que esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos (cuando no exista un Contrato) o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato) como lo ha alegado HIDRANDINA. Por el contrario, manifiesta que es claro que el OSIPTEL está facultado para dictar mandatos cuando el cumplimiento de sus competencias lo requiera, durante toda la relación de compartición, como lo es en este caso ante la evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

**5.3. La emisión de un mandato tiene sustento en la necesidad de resguardar un interés público protegido.**

AZTECA manifiesta que, en el ejercicio de su función normativa, es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su 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.

**5.4. Ante una cláusula que contraviene una norma imperativa no sólo corresponde citar su nulidad.**

AZTECA señala que si bien una declaración de nulidad de una cláusula que contraviene una norma imperativa constituye una forma a la que es posible recurrir para conseguir un pronunciamiento que reconozca que la contraprestación fijada excede el precio máximo que puede ser cobrado por uso compartido de infraestructura, no constituye la única forma de proceder ante dicho escenario. Indica que, se debe tener en cuenta que constituye libertad de AZTECA PERÚ decidir qué remedio emplear o a qué vía acudir para la resolución del problema, esto es, una remuneración que excedía la máxima prevista en el ordenamiento jurídico.

AZTECA PERÚ manifiesta que, en el presente caso, siendo de aplicación las normas imperativas en materia de compartición de infraestructura, marco jurídico que permite la intervención del OSIPTEL para resguardar la correcta aplicación de las normas sobre la contraprestación por dicho uso compartido, es que optó por solicitar la modificación del Contrato, de modo que la contraprestación se ajuste a lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. El emplear esta vía les garantizaba la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL en caso que, como en efecto ha ocurrido, la empresa eléctrica se negara a modificar el contrato y a respetar el marco legal vigente.



**5.5. El MTC ha sido claro en señalar que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3).**

AZTECA manifiesta que es claro que el MTC ha concluido que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), siendo el valor que las empresas eléctricas deben aplicar para calcular la contraprestación por el uso compartido de infraestructura. Por tanto, el OSIPTEL tiene certeza del valor del denominador "Na" y la forma en la que debe aplicarse la Metodología, por lo que no existe impedimento alguno para que emita un mandato modificación la contraprestación, a efectos de que no exceda el precio máximo legal.

**5.6. Sobre la complementariedad de las Leyes N° 28295 y N° 29904.**

AZTECA considera que las Leyes N° 28295 y N° 29904 tienen finalidades complementarias, por lo que deben leerse en conjunto, así como los criterios fijados deber ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Así pues, contrariamente a lo que manifestó HIDRANDINA, señala que no existen motivos por los que ambas normas que regulan la compartición de infraestructura para el despliegue de redes no pueda leerse en conjunto. Por el contrario, se ha podido demostrar que son normas que resguardan el mismo interés público.

**5.7. El valor igual a tres (3) del denominador "Na" tiene sustento en la Ley N° 29904 y su Reglamento.**

AZTECA manifiesta que la afirmación de que el denominador "Na" tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento económico que se explica en la lógica de la Metodología establecida por el MTC. Así, pues, el sustento del Consejo Directivo 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, puesto que 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 el Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM.

En ese contexto, AZTECA señala que en el Informe que sustenta el Mandato se ha explicado que, 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 puede ser originado al soportar cables adicionales de fibra óptica. Ello, obedece a que el Informe del 2017 que sustentó la RMV se desarrolló que, para determinar el costo incremental, se partió 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).

AZTECA manifiesta que, como bien lo ha señalado el Consejo Directivo en su Mandato, el 18.3% que es el valor asignado para el parámetro "f" representa el costo incremental que generaría 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 infraestructura de HIDRANDINA, por lo que para determinar el costo incremental de AZTECA generado por el peso de un único cable, se ha reconocido que debe dividirse el valor del parámetro "f"=18.3% (el peso de tres cables) entre "3" (Na) para aplicar correctamente la fórmula de la Metodología.

**5.8. El OSIPTel es competente para modificar los extremos del contrato de compartición que se encuentren vinculados a la contraprestación.**

AZTECA señala que el Anexo 1 del Informe que sustentó el Mandato modificó la cláusula 6.1 del Contrato, fijando a cuánto ascendería la retribución por cada tipo de infraestructura que HIDRANDINA podría exigir a AZTECA, del mismo modo se modificaron las condiciones económicas en general que habían sido pactadas de modo que garanticen el cumplimiento de la normativa vigente sobre uso compartido de infraestructura.

**6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.**

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por HIDRANDINA, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura, emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2018-CD/OSIPTel, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,

  
**LENNIN QUISO CÓRDOVA**  
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS**  
**Y COMPETENCIA**