

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00011-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	31 de mayo de 2018

	<b>Cargo</b>	<b>Nombre</b>
ELABORADO POR:	Especialista en Costos e Interconexión	María Ochoa
	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solís
REVISADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Romero
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso

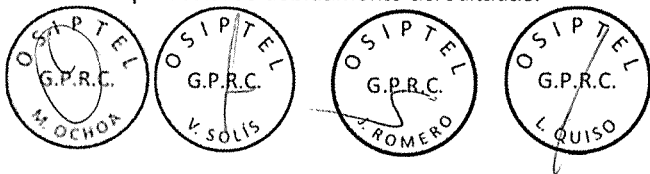
**1. OBJETO.**

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Dunas S.A.A. (en adelante, ELECTRO DUNAS), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 080-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00011-2017-CD-GPRC/MC entre las empresas Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) y ELECTRO DUNAS, respecto de la modificación de las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre las partes el 17 de diciembre de 2014 (en adelante, el Contrato).

**2. ANTECEDENTES.**

- 2.1 Mediante carta DJ-1249/17 recibida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a ELECTRO DUNAS 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 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 escrito recibido con fecha 17 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ solicita al OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique el contrato de compartición de infraestructura suscrito con ELECTRO DUNAS.
- 2.1 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 080-2018-CD/OSIPTEL de fecha 05 de abril de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de abril de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS el 10 y 11 de abril de 2018, mediante las cartas C.00239-GCC/2018 y C.00238-GCC/2018 respectivamente.
- 2.2 Mediante escrito recibido con fecha 03 de mayo de 2018, ELECTRO DUNAS interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.3 Mediante carta C.00326-GPRC/2018 recibida con fecha 09 de mayo de 2018, se corrió traslado a AZTECA PERÚ del recurso de reconsideración interpuesto por

<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.”



ELECTRO DUNAS, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.

- 2.4 Mediante carta DJ-962/18 recibida con fecha 16 de mayo de 2018, AZTECA PERÚ remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por ELECTRO DUNAS.
- 2.5 Mediante carta C.00360-GPRC/2018 recibida con fecha 22 de mayo de 2018, se corrió traslado a ELECTRO DUNAS de los comentarios de AZTECA PERÚ respecto de su recurso de reconsideración.
- 2.6 Mediante escrito recibido con fecha 29 de mayo de 2018, ELECTRO DUNAS remite sus comentarios respecto a la carta DJ-962/18 de AZTECA PERÚ que le fuera enviada mediante carta C.00360-GPRC/2018.

### **3. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS.**

ELECTRO DUNAS ha interpuesto un recurso de reconsideración el 03 de mayo de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 080-2018-CD/OSIPTEL efectuada el 11 de abril de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En consecuencia, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

### **4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR ELECTRO DUNAS.**

#### **4.1. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR ELECTRO DUNAS.**

ELECTRO DUNAS ha interpuesto recurso de reconsideración contra la resolución de Consejo Directivo que aprueba el Mandato de Compartición, a efectos de que el Consejo Directivo la anule en todos sus extremos y por tanto se rechace la solicitud de mandato de compartición presentada por AZTECA PERÚ.

<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]



A continuación se detallan los argumentos planteados por ELECTRO DUNAS:

**4.1.1 No resultan aplicables al presente caso las disposiciones de la Ley N° 28295 ni de ningún otro régimen de acceso y uso de infraestructura distinto al recogido por la Ley N° 29904.**

El primer extremo que ELECTRO DUNAS rechaza y solicita sea reconsiderado y anulado de la Resolución Impugnada es el referido a la aplicación de la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto, en el cual la única norma aplicable es la Ley N° 29904.

Al respecto señala que el Consejo Directivo considera que no sólo la Ley N° 28295 -Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para las prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones- puede ser aplicable a un supuesto de compartición para la instalación de fibra óptica bajo la Ley N° 29904, sino que también a la inversa esta última puede ser aplicada para el desarrollo de proyectos de telecomunicaciones que cuenten con estructuras de costos distintas al Proyecto de Red Dorsal.

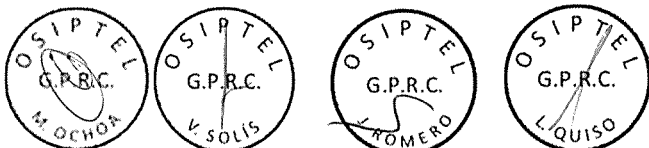
ELECTRO DUNAS indica que el OSIPTEL mantiene una posición errada sosteniendo que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (en adelante, el Reglamento de la Ley N° 29904), es aplicable no sólo para la construcción y operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra óptica (en adelante, RDNFO), sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones. Precisa que de esta manera, el OSIPTEL sostiene que:

*"En efecto, los titulares del derecho de acceso y uso de infraestructura compartido, conforme al artículo 13 de la Ley N° 29904, son indistintamente aquellos "concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones" que desplieguen "redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha" (...)*

*En ese sentido, **los potenciales beneficiarios de este régimen promotor del desarrollo de la Banda Ancha, son todos aquellos Operadores de Telecomunicaciones (personas con concesión o registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones), que desplieguen redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha.***

*Cabe señalar que la definición de Operador de Telecomunicaciones es distinta de la que corresponde al concepto "Operador Dorsal" que se refiere a "el (los) concesionarios de la operación total o parcial de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica". Es decir, **AZTECA PERÚ califica como Operador Dorsal conforme al Reglamento de la Ley N° 29904, pero no es esa la condición que lo habilita al acceso y uso compartido de infraestructura regulado por dicha Ley, sino su condición de Operador de Telecomunicaciones.***

*Bajo dicho contexto, **la regla de precio máximo previsto en el artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904, aplica para todas las relaciones de compartición de infraestructura que se encuentren su jetas a la referida Ley, sea que en estas***



**participe un Operador Dorsal (como AZTECA PERU) o cualquier otro Operador de Telecomunicaciones"**

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS, cita de las páginas 38 y 39 del Informe N° 00082-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición)

ELECTRO DUNAS manifiesta que conforme a lo señalado por el OSIPTEL en el Informe antes citado, el regulador erróneamente considera que la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es de aplicación para el desarrollo de cualquier proyecto de servicios públicos de telecomunicaciones, sea este un proyecto de red dorsal (servicio portador) o no, que se encuentre financiado o no íntegramente por el sector privado, y sin importar si se trata o no de proyectos de telecomunicaciones de menor alcance geográfico que la RDNFO.

Señala que este último criterio, es inaceptable ya que no puede extenderse la aplicación de la Ley N° 29904 a cualquier servicio público de telecomunicaciones como lo serían por ejemplo los servicios finales de telecomunicaciones, no sólo por un criterio de especialidad en la aplicación de la Ley N° 29904 sino por las diferentes características técnicas en la prestación de estos servicios públicos; en otras palabras no puede ni debe aplicarse el régimen de promoción y de cálculo del precio máximo contenido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 a proyectos que no estén destinados a la provisión de Red Dorsal (servicio portador) de Banda Ancha, tal y como lo indican los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29904.

Por tal motivo, solicitan al Consejo Directivo del OSIPTEL que reconsidere este extremo del Informe N° 00082-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición y acote expresamente la aplicación y alcances de la Ley N° 29904 y su Reglamento para las redes dorsales (servicios portadores) nacionales que integren a todas las capitales de provincias del país y de redes dorsales que integren a los distritos por medio de la banda ancha, según lo señalado por el artículo 3 de la Ley N° 29904.

Adicionalmente, señala que el OSIPTEL no explica en absoluto por qué la Ley N° 29904 tiene que cumplir con los "principios económicos" de la Ley N° 28295 cuando más bien aquella configura un marco especial aplicable únicamente a los casos de provisión del servicio de banda ancha. Para mayor claridad, indica que su cuestionamiento en este punto versa sobre lo siguiente: no es relevante si la Ley N° 29904 cumple o no con los "principios económicos" de la Ley N° 28295; la cuestión es por qué debe cumplirlos, teniendo en cuenta que las disposiciones de la Ley N° 29904 establecen reglas propias y especiales aplicables a la relación de compartición para servicios de banda ancha (ley especial desplaza a otras leyes generales), sin la necesidad de recurrir a otros marcos normativos. Por este motivo, exige que se respete el principio jurídico relativo a que la ley especial prima sobre la ley general en el presente caso y que el OSIPTEL no pretenda extender este régimen aplicable a servicios de banda ancha a otros que son ajenos a dicho servicio.

ELECTRO DUNAS manifiesta que, de una revisión de los regímenes de compartición actualmente vigentes, se puede advertir que cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación propio. Así pues, existen hasta tres regímenes distintos de compartición de



infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Señala que el primero de ellos se encuentra regulado por la Ley N° 28295 y su Reglamento (indebidamente aplicado por el Consejo Directivo), los cuales regulan el régimen general de acceso y uso compartido a las infraestructuras de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones<sup>3</sup>, cuyo objetivo es incentivar el acceso y efectiva capacidad de competir de los nuevos entrantes al mercado de telecomunicaciones frente a operadores dominantes.

ELECTRO DUNAS manifiesta que un segundo régimen de compartición lo encontramos en el Decreto Legislativo N° 1019, aplicable a los casos de acceso y compartición de infraestructura de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que hayan sido previamente declarados como “Proveedor Importante” por el OSIPTEL. Indica que éste, evidentemente, no es el caso de ELECTRO DUNAS ni el de AZTECA PERÚ, siendo que ninguno ha sido calificado por el OSIPTEL como un “Proveedor Importante” de servicios de telecomunicaciones y ELECTRO DUNAS no presta servicios de telecomunicaciones.

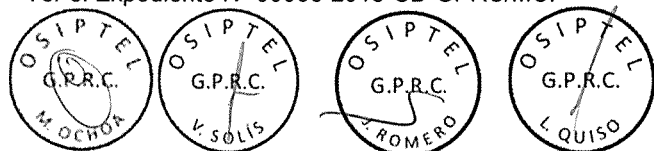
Finalmente, hace referencia a un tercer régimen de compartición que corresponde a aquel contenido en la Ley N° 29904, el cual resulta aplicable al acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha. Considera que éste sí es el régimen aplicable a ambas partes en el presente procedimiento, pues vincula precisamente los servicios de banda ancha y a los titulares de infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos que posibilitan su prestación.

De otro lado, y sobre la base del principio de legalidad que ilumina a las actuaciones de la Administración, considera que no existe base normativa para que el OSIPTEL extienda la aplicación del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 a otros operadores de telecomunicaciones, cuando dicho Anexo 1 está previsto sólo para operadores de banda ancha. Señala ELECTRO DUNAS que una interpretación contraria a lo anterior, podría generar una situación en la que las empresas de telecomunicaciones interpreten que tienen derecho a requerir a los titulares de infraestructura eléctrica la modificación de las retribuciones que se tienen pactadas contractualmente con ellas, en función a una metodología que les es ajena y únicamente aplicable para aquellos que cuentan con tendidos de redes de banda ancha. Al respecto, indica que ELECTRO DUNAS ya se encuentra enfrentando un procedimiento de mandato frente a Telefónica del Perú S.A.A. en ese sentido<sup>4</sup>.

Por lo expuesto, ELECTRO DUNAS solicita al OSIPTEL pronunciarse sobre este extremo y señalar claramente que los operadores de telecomunicaciones no podrán solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con ELECTRO DUNAS

<sup>3</sup> Véanse los artículos 2 y 4 de la Ley N° 28295 que regulan el objeto y el ámbito de aplicación de esta Ley, respectivamente.

<sup>4</sup> Ver el Expediente N° 00006-2018-CD-GPRC/MC.



y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904. Señala que permitir lo contrario constituirá una actuación ilegal del regulador y además significará distorsionar aún más el mercado beneficiando injustamente a empresas del sector de telecomunicaciones por medio de subsidios asumidos por empresas del sector de energía, lo cual no tiene sustento lógico, legal ni económico alguno.

**4.1.2 Es improcedente dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato de acceso y uso de Infraestructura previamente celebrado con AZTECA PERÚ.**

ELECTRO DUNAS manifiesta que de acuerdo al artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904<sup>5</sup>, existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley 29904, las cuales son:

- i) el contrato de acceso y uso de infraestructura; y,
- ii) el mandato de compartición.

Indica que bajo esta premisa y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, el 17 de diciembre de 2014, ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ suscribieron un Contrato.

ELECTRO DUNAS precisa que en tal ocasión, las partes negociaron de forma transparente, de buena fe y sin algún tipo de coacción, como consta en todas las comunicaciones cursadas entre las partes y obrantes en el expediente, mediante las cuales se puede verificar que AZTECA PERÚ otorgó su conformidad respecto a lo pactado en el Contrato. Manifiesta que, AZTECA PERÚ comunicó su posición con respecto al cálculo de la retribución a aplicar en los proyectos del contrato e, incluso, confirmó ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") tener el mismo entendimiento que ELECTRO DUNAS sobre qué valor debía tener la variable "Na" para el cálculo de la retribución en discusión.

Considera que de este modo, una vez perfeccionado un acuerdo entre las partes y surgida la relación contractual, el artículo 62 de la Constitución<sup>6</sup> es enfático al señalar

<sup>5</sup> "Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos

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

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

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

<sup>6</sup> Artículo 62.- Libertad de contratar



que el mismo no podrá ser modificado ni por una ley ni por ninguna disposición de ninguna clase, debiendo entenderse que dentro de estas "disposiciones de cualquier clase" se encuentran incluidos los eventuales mandatos que dicte el OSIPTEL. No sólo ello, sino que, además, la misma disposición constitucional agrega que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial.

ELECTRO DUNAS señala que, el Consejo Directivo, a lo largo del Informe de Mandato, ha omitido analizar esta situación, argumentando que esta libertad contractual se encuentra sujeta también a los límites que señala el régimen económico de nuestra Constitución, entre los que se encuentra la observancia de la legalidad. De este modo, considera que el OSIPTEL sugiere que, en tanto el Contrato no observe lo dispuesto por la Ley N° 29904 y su Reglamento, el mismo podrá ser objeto de modificaciones por medio de la emisión de mandatos de compartición.

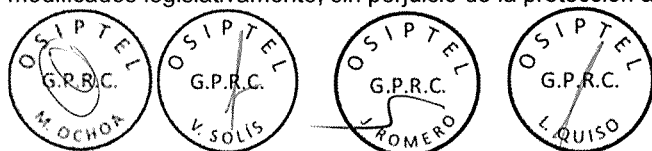
Manifiesta que a criterio de la Resolución Impugnada y el Informe, el Contrato no observó adecuadamente la Metodología de Cálculo del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, lo cual considera que es falso. Precisan que las partes entendieron correctamente y recogieron en el Contrato los valores y metodología establecidos en el referido Anexo 1, en particular, el valor del factor "Na" que fue recogido debidamente teniendo en cuenta la interpretación de las partes de que dicha variable tenía un valor de "1", posición que incluso ha sido confirmada por las mismas autoridades del MTC (entidad que aprobó el Reglamento), como lo demuestra el Oficio N° 579-2017-MTC/26, donde se señala expresamente que el valor de "Na" es igual a "1".

Considera que el OSIPTEL, como entidad administrativa del Poder Ejecutivo, no puede contradecirse con la posición de otras autoridades sectoriales como lo es el MTC. Señala que es inaceptable que, en tanto el OSIPTEL y el MTC mantienen posiciones discordantes, los administrados deban estar sujetos a la incertidumbre de que sus acuerdos contractuales se vean modificados a su antojo cada vez que cambien de criterio. Exigen que el OSIPTEL se pronuncie sobre el criterio de interpretación del valor "Na" que ha señalado el MTC.

Por lo demás, ELECTRO DUNAS manifiesta que la motivación expuesta por el OSIPTEL para justificar su intromisión en un contrato previamente celebrado resulta incompleta e inválida, por resultar esto contrario a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG, el cual exige como requisito de validez que *"el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico"*. De este modo, señala que el Mandato de Compartición emitido contraviene el derecho constitucional de ELECTRO DUNAS al debido procedimiento, el cual exige que los argumentos de defensa presentados por el administrado sean desvirtuados por la

---

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





autoridad administrativa; y, como se advierte, pese a que se ha enfatizado en varias ocasiones la necesidad de evaluar la constitucionalidad de un mandato de compartición a la luz del artículo 62 de la Constitución, este argumento de defensa no ha sido desvirtuado con argumentos sólidos y convincentes.

Señala ELECTRO DUNAS que esto deviene en la ilegalidad de la Resolución Impugnada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG, por contravenir a la Constitución, no solo en su artículo 62, sino también en los numerales 3 y 5 del artículo 139, los cuales reconocen el derecho al debido proceso y a la exigencia de motivación en las decisiones de toda autoridad administrativa.

Asimismo, ELECTRO DUNAS manifiesta que no sólo existe base constitucional para negar la competencia del OSIPTEL en el presente caso, sino también una base legal recogida en el Código Civil, la cual ha sido mal interpretada en el punto 4.1.2 del Informe de Mandato con el pretexto de justificar el dictado de un mandato cuando ya existe un contrato celebrado.

Señala que el artículo 1351 del Código Civil, al definir al contrato como *"el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"*, entiende que *"(e)l significado del contrato como acto de decisión no excluye la posibilidad de que la parte o las partes tengan un querer distinto del manifestado. La falta de voluntad interna correspondiente no impide, en efecto, que el acto se presente siempre como acto de voluntad"*<sup>7</sup>.

ELECTRO DUNAS considera que por ello, un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, y si una de ellas pretende realizar una modificación a una cláusula contractual previamente pactada, dicha parte debe emitir una oferta y la otra parte debe aceptarla para que pueda efectuarse la modificación del contrato y se convierta en un nuevo acuerdo que genere obligaciones para ambas partes. Señala que en el presente caso, sin embargo, el OSIPTEL está interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias consentidos previamente por ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ en el Contrato celebrado.

ELECTRO DUNAS manifiesta que de manera errónea, el OSIPTEL sostiene en el punto 4.1.2 del Informe que la definición de contrato recogida en el artículo 1351 del Código Civil confirma más bien sus competencias para intervenir en las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puesto que un Contrato de Acceso y Uso de *Infraestructura "puede tener también por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura"*<sup>8</sup>. Sin embargo, considera que se omite analizar dos cuestiones relevantes. Primero, el término "contrato" empleado a lo largo del artículo 25 y principalmente en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 hace referencia

<sup>7</sup> Massimo Bianca (2007). Derecho Civil. El Contrato. (Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Trad). Colombia: Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. P.26.

<sup>8</sup> Página 7 del Informe. Punto 4.1.2.



exclusivamente a un escenario en el cual previamente no existe ningún contrato de acceso, y a falta o negativa injustificada de celebrar uno, se hace necesario acudir al OSIPTEL para que éste dicte un mandato de compartición. Considera que mal podría indicarse, que el OSIPTEL puede dictar mandatos para modificar un contrato ya celebrado. Segundo, una lectura del artículo 25 en cuestión lleva a la conclusión de que las funciones del OSIPTEL para dictar un mandato son "subsidiarias", es decir, únicamente ejercidas en defecto de un contrato de acceso y uso de infraestructura. Una vez celebrado el "contrato" al que hace referencia el artículo 25, corresponde que las partes resuelvan sus controversias según lo convenido por ellas mismas (en el caso de AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, mediante un arbitraje). Señala que aunque se alegue que existe un marco normativo sobre el cual las retribuciones por uso de la infraestructura deben ser calculadas, la interpretación y aplicación de las mismas le corresponderá hacerlo a un tribunal arbitral y no al OSIPTEL.

ELECTRO DUNAS manifiesta que, la normativa aplicable es clara y precisa para determinar que sólo existen dos modalidades para que se realice la compartición de infraestructura, y una de ellas es el Contrato. Indica que ambas partes suscribieron libremente el Contrato, por tanto, si AZTECA PERÚ considera que la retribución que debe pagar es distinta a aquella que pactó en el Contrato, pues entonces debe ceñirse únicamente a la Cláusula Décimo Novena del Contrato:

*"DÉCIMA NOVENA: Ley Aplicable y Convenio Arbitral*

*(...)*

*19.1. El Contrato se regirá por la ley vigente en la República del Perú.*

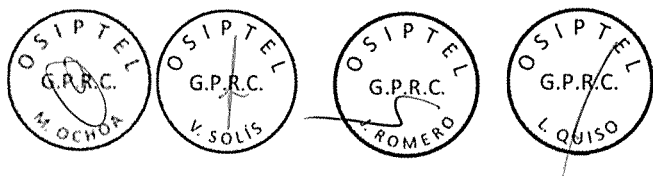
*19.2. Las Partes conviene que todo litigio, conflicto, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico, o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia o terminación, incluso las del convenio arbitral, **serán resueltas mediante arbitraje de derecho**, con árbitro único, cuyo laudo será definitivo e inapelable de conformidad con los Reglamentos y Estatutos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas procesales, de administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.*

*19.3 El Órgano Arbitral estará conformado por árbitro único, cuya designación y nombramiento se llevará a cabo de acuerdo a lo establecidos para dicho fin en los Reglamento Procesales y Estatutos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.*

*19.4. Las Partes convienen que el lugar y sede del arbitraje sea la ciudad de Lima. El idioma aplicable al arbitraje será el castellano y el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la controversia será el peruano".*

*(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)*

Al respecto, manifiesta que, las partes pactaron someterse a un proceso arbitral, en caso no llegaran a un consenso y resolver de forma satisfactoria la controversia. Señala que es contrario a las normas antes citadas, que el OSIPTEL dicte un mandato de compartición a pesar de que previamente las partes suscribieron un Contrato en cumplimiento con lo dispuesto en el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, por tanto, no había falta de acuerdo, sino que sí se concretó un acuerdo y este consenso se materializó con la suscripción del Contrato.



ELECTRO DUNAS manifiesta que como bien indica el OSIPTEL en el Informe que sustenta el Mandato de Compartición, "el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso compartido de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo"<sup>9</sup>. El OSIPTEL confirma que el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario, por tanto la finalidad de la norma, sería que primero las partes negocien y lleguen a un acuerdo para que en consecuencia se suscriba un contrato de acceso, mas no lo que aduce el OSIPTEL, según el cual una modificación al contrato ya celebrado puede también ser objeto de mandato.

Considera que AZTECA PERÚ parece olvidar que ya tiene suscrito un Contrato con ELECTRO DUNAS y señala de forma incorrecta lo siguiente: "En consecuencia, consideran que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando un contrato de acceso a la infraestructura, y ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución de un contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador."<sup>10</sup> Considera que el punto ii) señalado por AZTECA PERÚ es una interpretación inexacta de la norma, debido a que los numerales 25.2 y 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904 señalan lo siguiente:

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

(...)

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

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

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

ELECTRO DUNAS manifiesta que, el artículo 25.3 del Reglamento de la Ley N° 29904, cuando hace referencia al plazo de 30 días hábiles señalado en el numeral precedente, hace referencia al plazo de 30 días hábiles que tienen las partes para negociar y suscribir el Contrato lo cual sí está establecido en el numeral 25.2, y hace referencia a la falta de consenso, siempre y cuando, no se haya suscrito un Contrato. Indica que el OSIPTEL no debe intervenir emitiendo un mandato de compartición, debido a que tanto los hechos como el Derecho están siendo tergiversados y manipulados, pretendiendo

<sup>9</sup> Página 8 del Informe.

<sup>10</sup> Página 9 del Informe.



presentar la cuestión como un asunto en cumplimiento de la ley y el marco regulatorio aplicable, cuando la controversia se basa en consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

ELECTRO DUNAS considera que, al no haberse cumplido el supuesto de hecho para que el OSIPTEL intervenga para emitir un mandato, debido a que ya existe un Contrato suscrito entre las partes, el Consejo Directivo no debió acoger la solicitud de AZTECA PERÚ en la Resolución Impugnada y tampoco las razones desarrolladas en el Informe para conceder la misma. Esto, nuevamente, es evidencia de que la Resolución Impugnada sufre de un vicio de invalidez que exige que ésta sea anulada. Indica que todo acto que contraviene las leyes y normas reglamentarias, como es el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904, incurre en causal de nulidad conforme al numeral 1 del artículo 10 TUO de la LPAG.

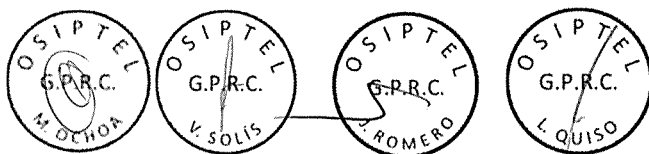
#### **4.1.3 El Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso.**

ELECTRO DUNAS señala que, queda claro que el mandato de compartición y el contrato son procedimientos totalmente diferentes que persiguen un mismo fin, pero con características particulares. Por tal motivo, debe cuestionarse la forma en la que la Resolución Impugnada amparó la solicitud realizada por AZTECA PERÚ, pues el Informe contiene una serie de argumentos que resultan abiertamente contradictorios al principio de seguridad jurídica aplicable a los contratos que se encuentra implícito en el derecho a la libertad contractual.

Señala que la seguridad jurídica de los contratos es la protección que el ordenamiento jurídico ha otorgado a estos últimos a efectos de protegerlos de cualquier alteración que se pudiera producir por un elemento exógeno al mismo. Esta protección a los contratos se encuentra establecida en el artículo 62 de la Constitución<sup>11</sup>, conforme al cual, los contratos no pueden ser modificados mediante leyes u otros actos que sean totalmente ajenos a la relación contractual, pues se protege la libertad contractual de las partes para establecer los términos contractuales que consideren pertinentes y conforme a sus intereses. Esta protección es coherente con la definición de contrato establecida en el artículo 1351 del Código Civil, que establece que el contrato nace del acuerdo entre las partes y, por lo tanto, son las mismas partes las que tienen el poder de modificar su relación contractual, bajo la protección del ordenamiento para impedir intromisiones de terceros.

Señala que en el presente caso, el OSIPTEL sostiene que se encuentra habilitado legalmente para realizar la modificación del Contrato sobre la base de la ausencia de

<sup>11</sup> "Artículo 62- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.(...)"



acuerdo entre las partes, conforme lo señala a lo largo del punto 4.2.4.4 del Informe de Mandato:

*"Por consiguiente, conforme a la Ley N° 29904 y el artículo 25 de su Reglamento, ante un requerimiento para suscribir un "contrato" de acceso y uso de infraestructura, con independencia de si su propósito es crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904, que derive en una falta de acuerdo entre las partes, a solicitud de parte el OSIPTEL se encuentra habilitado a emitir el mandato respectivo definiendo las condiciones (técnicas, económicas, etc) que no fueron acordadas por las partes."<sup>12</sup>*

Considera que el texto citado evidencia un error en la argumentación del Consejo Directivo, pues se afirma que éste tiene la facultad de establecer las condiciones que no hayan sido pactadas por las partes. Sin embargo, en el presente caso, las partes han pactado claramente la forma de la retribución a favor de ELECTRO DUNAS y, por lo tanto, sostiene que no se encuentran en el supuesto argumentado por el OSIPTEL, pues existe un contrato celebrado por las partes donde claramente se pactó la retribución, tomando en consideración las modificaciones que se realizaron mediante el consentimiento de ambas partes.

Asimismo, señalan que se debe tener presente que la interpretación utilizada por el Consejo Directivo para introducirse en la relación contractual de AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, carece totalmente de asidero jurídico, puesto que se trata de realizar una interpretación totalmente abierta de la norma con el propósito de justificar una afectación a la libertad contractual de ELECTRO DUNAS.

Considera importante mencionar que, la Ley N° 29904 no contiene ninguna disposición que permita al Consejo Directivo de OSIPTEL intervenir en las relaciones contractuales de cualquier tipo, pues ninguna ley podría aprobar ese tipo de acciones que son abiertamente contrarias a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución. Por lo tanto, señalan que la actuación del OSIPTEL es totalmente ilegal en el presente caso, pues se busca emitir un mandato, que es un procedimiento totalmente ajeno al Contrato, para establecer modificaciones al texto contractual.

En vista de ello, recalcan que no existe ningún supuesto en el que una persona ajena a la relación contractual pueda modificar las condiciones de un contrato. Señalan que es un imposible jurídico que se produzca una modificación del Contrato en ausencia del consentimiento de las partes del mismo. De este modo, al haberse pronunciado el OSIPTEL a favor de dictar un mandato sobre el cual carece de competencias, se ha quebrantado el principio de legalidad consagrado por el numeral 1.1 del artículo IV del TULO de la LPAG, el cual prescribe que:

*"Artículo IV. Principios del Procedimiento Administrativo  
(...)*

<sup>12</sup> Página 42 del Informe.



*1.1. Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas."*

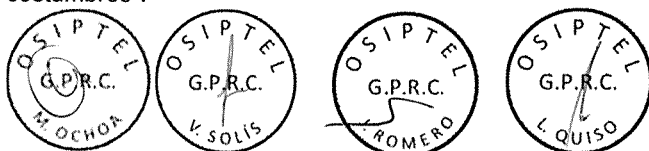
En ese sentido, ELECTRO DUNAS señala que los contratos solo pueden ser interpretados por un órgano jurisdiccional o arbitral en caso de controversias. Advierte que nunca una parte ajena al contrato, ni los jueces o árbitros, pueden realizar una modificación a un contrato, ya que la labor jurisdiccional sólo comprende la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el contrato, y nunca se puede pretender arrogar la facultad de modificar las cláusulas negociadas y aceptadas en su momento por ambas partes en virtud de su derecho constitucional a la libertad contractual, lo que ahora se está realizando por medio de la Resolución Impugnada.

Manifiesta que en el presente caso, AZTECA PERÚ pretende que el OSIPTEL emita un mandato que modifique el Contrato, sustentándose en que existen infracciones a normas de orden público que establecen retribuciones máximas que no pueden ser excedidas en los contratos. Considera que, esta argumentación ha sido erróneamente amparada por el OSIPTEL en la Resolución Impugnada. Señala que esta posición se encuentra errada, puesto que, aun cuando existiese una posible contradicción a las normas de orden público, esta afectación debería subsanarse mediante la aplicación de los remedios jurídicos propios del Código Civil, uno de los cuales sería la declaración de nulidad de dicha cláusula (nuevamente, en sede judicial o arbitral, los cuales son los fueros correspondientes conforme al ordenamiento jurídico vigente). Por tal motivo, indica que la argumentación presentada por AZTECA PERÚ carece de sustento lógico jurídico, pues AZTECA PERÚ debería recurrir al órgano jurisdiccional a efectos de declarar la nulidad del Contrato, sobre la base de esa supuesta contradicción a las normas de orden público (lo que considera no tiene lugar en el presente caso).

ELECTRO DUNAS manifiesta que, en el supuesto negado que la posición de AZTECA PERÚ tuviera algún asidero, la única forma de proceder de forma coherente con los argumentos expresados por el OSIPTEL en el Informe, sería que, antes de emitir el mandato, requiera a AZTECA PERÚ recurrir al órgano jurisdiccional (en este caso, al arbitraje), a efectos de que éste declare la supuesta nulidad del Contrato en el extremo referido a la retribución económica, sobre la base de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil<sup>13</sup>.

ELECTRO DUNAS indica que el Informe de Mandato señala que en el presente caso el OSIPTEL "emite un pronunciamiento dirigido a reconfigurar las condiciones económicas de la relación de compartición creada por AZTECA PERÚ y ELECTRO DUNAS, con estricta sujeción a la legislación en cuyo marco se creó la relación de compartición en cuestión (Ley N° 29904)". ELECTRO DUNAS manifiesta que esto es lo que cuestiona en el presente recurso: el OSIPTEL no se ha ceñido a la legislación en cuyo marco se creó la relación de compartición. Por el contrario, ha excedido lo que el Reglamento de la Ley N° 29904 señala y, pese a existir un procedimiento de cálculo de la retribución

<sup>13</sup> "Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".



conforme al Anexo 1 del referido Reglamento, ha asignado arbitrariamente un nuevo valor al factor "Na".

Por esta razón, considera que la emisión de la Resolución Impugnada no tiene ninguna validez jurídica en el presente caso. En consecuencia, se debe observar la irregularidad en el ejercicio de una potestad pública, pues se está tratando de interpretar de manera extensiva la Ley N° 29904 y su Reglamento, a efectos de interferir en una relación contractual y creando un mal precedente para la seguridad jurídica de los contratos.

#### **4.1.4 El OSIPTEL carece de competencia para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.**

ELECTRO DUNAS manifiesta que la Ley N° 29904 establece la obligación de permitir el uso de su infraestructura a los concesionarios de distribución eléctrica, conforme a lo establecido en el artículo 13<sup>14</sup>, conforme a la cual, el MTC era la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Al amparo de lo antes dispuesto, el Reglamento de la Ley N° 29904 señaló claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. La metodología descrita en dicho Anexo 1 involucra distintas variables denominadas "m", "l", "h", "f" y una variable "Na" cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

Señala que el Anexo 1 establece que los valores otorgados a las variables "m", "l", "h" y "f" pueden ser modificados mediante resolución viceministerial. Sin embargo, no se señala lo mismo respecto a la variable "Na", la cual, debe entenderse, sólo podría ser modificada por Decreto Supremo.

<sup>14</sup> 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 agregado por ELECTRO DUNAS)



Por este motivo, ELECTRO DUNAS manifiesta que carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que la Resolución Impugnada haya modificado dicha variable cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, su Reglamento) deja sentado bajo Decreto Supremo 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".

Indica que lo que se está produciéndose en el presente caso es algo inaudito, es decir mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se pretende modificar el factor "Na", cuando el valor de dicha variable ha sido establecido mediante Decreto Supremo. Precisan que si bien el OSIPTEL tiene funciones "normativas" para imponer mandatos y aprobar retribuciones de acceso a facilidades esenciales en el sector de su competencia, sólo puede hacerlo en defecto de que el legislador o el reglamento correspondiente no hayan fijado una retribución en dicha relación de acceso a la infraestructura.

A manera de refuerzo de su posición, ELECTRO DUNAS menciona que el MTC emitió la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03, que dispuso la modificación de los valores otorgados a las variables "m" y "f", sin realizar ninguna modificación al valor asignado a la variable "Na". Por tal motivo, considera que queda evidenciado que no ha existido ninguna variación en el valor asignado a la variable "Na" y, por tanto, ésta debe seguir siendo determinada como se ha venido realizando desde la suscripción del Contrato.

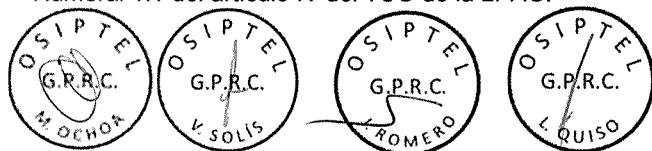
Señala que, el Consejo Directivo ha dispuesto otorgar un valor distinto al que se venía empleando para la variable "Na", sosteniendo lo siguiente en el Informe de Mandato<sup>15</sup>:

En consecuencia, el OSIPTEL está expresamente facultado por la Ley N° 29904 para dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para asegurar que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, se realice a cambio de una contraprestación establecida en estricta observancia de la metodología establecida en Anexo 9 de Reglamento de la Ley N° 29904, como en este caso, a través de la emisión de un Mandato de Participación, considerando las modificatorias a dicho Anexo 1 referida anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ENEL y AZTECA PERÚ. 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, 1, h, y f, y que su aplicación será exigible a todas las relaciones de participación (Contratos o Mandatos), en salvaguarda el principio de "No Discriminación" respecto del cobro de contraprestaciones entre operadores de telecomunicaciones, por parte de operadores eléctricos.

Indica que además de confundir en su Informe a ELECTRO DUNAS con otra empresa del sector (ENEL), el Consejo Directivo erradamente consideró que la Ley N° 29904 lo habilita a modificar un contrato de participación ya celebrado. Menciona que, es innegable que al OSIPTEL le asisten funciones para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 29904. Sin embargo, en virtud al principio de legalidad<sup>16</sup>, estas funciones sólo

<sup>15</sup> Página 151 del Informe que sustenta el Mandato de Participación.

<sup>16</sup> Numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG.





se extienden a aquellos ámbitos que el legislador ha previsto como tal. Sostiene que en el caso en particular, el citado artículo 32 de la Ley únicamente señala que al OSIPTEL le corresponde vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de la Ley.

ELECTRO DUNAS manifiesta que el artículo 13, en concreto, está referido a la contraprestación a ser cobrada por el concesionario eléctrico, pero lo que estipula este artículo en su numeral 13.4 literal b) es que *"La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente ley"*. Es decir, al OSIPTEL no le corresponde fijar valores ni variables u otra acción asociada a la contraprestación, sino tan solo aplicar y vigilar que lo que pacten las partes se haga conforme a la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley N° 29904, y dado que el Reglamento ya establecía un valor para "Na", se hizo conforme a ello.

Señala que esta interpretación es acorde con lo que han señalado a lo largo del procedimiento: si la metodología aprobada por Decreto Supremo es la que calcula la retribución, únicamente una norma reglamentaria será capaz de modificar la misma y no unilateralmente hacerlo el OSIPTEL. Menciona que es incorrecto que no existe un valor para "Na" establecido en la Metodología del Anexo 1 y, por tanto, es falso que el OSIPTEL puede intervenir para llenar ese vacío (que no existe). Precisan que, el MTC confirmó que el valor de "Na" había sido establecido en "1", tal como confirma el Oficio N° 579-2017-MTC/26 de fecha 8 de setiembre de 2017 que adjuntan al presente recurso en el que se señala expresamente que:

*"En relación a la consulta, se precisa que el cálculo de la contraprestación mediante la utilización de la Metodología, se encuentra asociada a cada punto de apoyo (poste o torre) de acuerdo a su nivel de tensión. **Es así que, el valor de "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Así por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario, se deberá considerar "Na = 1". Si la misma torre atiende a dos arrendatarios, se deberá considerar "Na = 2", de igual modo para un número mayor de arrendatarios, manteniendo fijas las demás variables.** En consecuencia, el pago que realizará cada arrendatario se reducirá en proporción a Na, siendo constante la recaudación total del concesionario eléctrico por el arrendamiento de dicha torre".*  
(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

En tal sentido, considera que el OSIPTEL no tiene absolutamente ninguna labor que realizar en torno a la retribución a ser pagada en virtud al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

ELECTRO DUNAS manifiesta que existe una labor de interpretación del OSIPTEL que no tiene ningún asidero jurídico, pues la forma de determinación de la contraprestación está claramente establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y no debe ser objeto de interpretaciones amplias. En consecuencia, considera que la interpretación del OSIPTEL es ilegítima al pronunciarse de una materia que no se encuentra en discusión, pues el Contrato tiene pactada una forma de determinación de la contraprestación que es la señalada en el referido Anexo 1. Considera que con la aprobación del Mandato, el OSIPTEL no sólo está vulnerando lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución y la autonomía privada de ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ,



sino que también estaría yendo en contra de las normas especiales que regulan la retribución, en concreto, contra lo dispuesto por el Anexo I del Reglamento, el cual no deja espacios para el dictado de mandatos de compartición por parte del OSIPTEL.

Por este motivo, ELECTRO DUNAS manifiesta que al asignar un nuevo valor a la variable "Na", la Resolución Impugnada está excediendo sus competencias más allá de lo establecido en la Ley N° 29904, pues en el supuesto negado de existir una controversia sobre la asignación del valor, esta controversia debería ser resuelta con los mecanismos de solución determinados en el Contrato, siendo que la forma de determinación de la contraprestación se establece de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento.

#### **4.2. POSICIÓN DE AZTECA PERÚ RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ELECTRO DUNAS.**

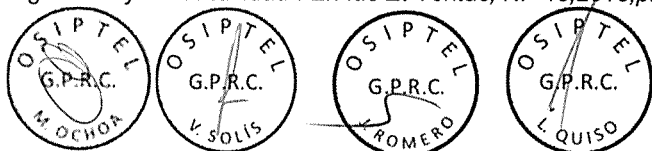
##### **4.2.1 El Contrato no es inmutable.**

AZTECA PERÚ señala que a criterio de ELECTRO DUNAS, el Contrato no puede modificarse luego de su suscripción, puesto que vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que establece que las normas posteriores no pueden afectar lo contractualmente pactado. Considera que, erróneamente ELECTRO DUNAS alega que AZTECA PERÚ tendría que asumir las condiciones de la negociación inicial, aun cuando contravengan el marco normativo en materia de compartición de infraestructura, como sucede en el presente caso en el que la contraprestación excede al menos tres (3) veces el precio máximo determinado por la aplicación correcta de la Metodología.

Al respecto, AZTECA PERÚ precisa que no se encuentran en un escenario en el que una norma posterior esté modificando las condiciones bajo las cuales fue suscrito el Contrato que vincula a ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ. En efecto, tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato, por lo que dicho pacto se encontraba sometido a las normas imperativas<sup>17</sup> sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctricas para el despliegue y operación de la Red Dorsal, con respecto a la existencia de una contraprestación máxima regulada, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, señala que ELECTRO DUNAS conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esta condición.

AZTECA PERÚ manifiesta que, el respeto del marco legal bajo el cual fue suscrito el Contrato forma parte de lo pactado y ELECTRO DUNAS conocía que la contraprestación por el uso compartido de infraestructura no sería un aspecto inmutable en la relación de compartición que los vincula. En tal sentido, señala que no existe una

<sup>17</sup> Al respecto, "desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción (ESCOBAR ROZAS, Fredy y Guillermo CABIESES CROVETTO "La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad". En *Ius Et Veritas*, N.º 46, 2013, p.121)



vulneración al artículo 62 de la Constitución, pues no se está exigiendo el cumplimiento de una nueva regla, con la que ELECTRO DUNAS no contaba al momento de la suscripción del Contrato.

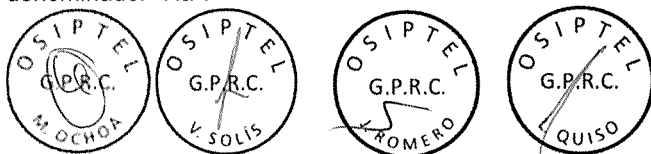
Respecto a que las comunicaciones previas a la suscripción del Contrato deben ser consideradas pues determinan que AZTECA PERÚ voluntariamente aceptó la contraprestación inicialmente fijada y; en esa línea, no correspondería que se modifique la retribución que fue aceptada inicialmente, AZTECA PERÚ señala que resulta sorprendente que ELECTRO DUNAS afirme que las partes no podrían renegociar algún aspecto del Contrato, pues todo pacto se encuentra sujeto a negociación y, por ende, a la modificatoria de las condiciones que puedan haber sido inicialmente acordadas más aún en situaciones en las que se ha podido advertir que existió un error en la determinación de alguna condición económica, como manifiesta ha sucedido en el presente caso.

Al respecto, manifiesta que como ha explicado en anteriores oportunidades, la asimetría informativa existente para conocer los costos de las empresas eléctricas, así como los cortos plazos fijados en el Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal, constituyen circunstancias que facilitaron que en las negociaciones iniciales se determinara erróneamente la contraprestación por uso de infraestructura, al aplicarse incorrectamente la fórmula metodológica. Por ello, tan pronto como tuvo conocimiento y certeza de los valores correctos de las variables de la Metodología, solicitó a ELECTRO DUNAS acordar la modificación de la contraprestación inicialmente pactada, a fin de que no exceda el precio máximo legal que puede ser exigible.

AZTECA PERÚ señala que se debe tener en cuenta que, en el escenario actual en el cual solicitó a ELECTRO DUNAS la modificación de la contraprestación, no tienen relevancia alguna las comunicaciones de la negociación primigenia, que fueron previas a la suscripción del Contrato, pues precisamente dicho acuerdo inicial es el que se quiere modificar<sup>18</sup>. Por tanto, no existe ningún sustento jurídico para que el Consejo Directivo considere las referidas comunicaciones iniciales al emitir su mandato de compartición; por el contrario, únicamente debe determinar la retribución en atención a la normativa vigente y la aplicación de los valores correctos de la Metodología.

De acuerdo con lo señalado, AZTECA PERÚ 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.

<sup>18</sup> Cabe señalar que el único escenario en el que las comunicaciones de la negociación primigenia tienen relevancia es para acreditar que desde el inicio de la relación de compartición la contraprestación vulneró el precio máximo determinado en aplicación de la Metodología al utilizar un valor incorrecto para el denominador "Na".



#### 4.2.2 El Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión de un mandato

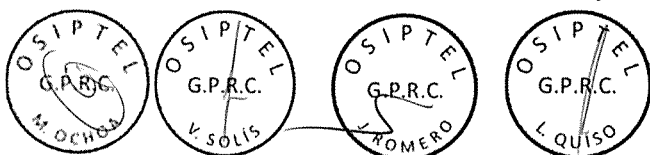
AZTECA PERÚ manifiesta que Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, la Ley de Organismos Reguladores) que fija las competencias para los organismos reguladores como OSIPTEL es clara en establecer que tienen la facultad para 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 del OSIPTEL es ejercida por su Consejo Directivo y, como ha sido señalado, comprende la facultad general de dictar mandatos en el ámbito de sus competencias.

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

Por lo tanto, considera que el marco legal establece que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandato 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 (cuando no exista un Contrato) o con un límite temporal (únicamente antes: de la suscripción del Contrato) como lo ha alegado ELECTRO DUNAS. 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 evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.

AZTECA PÉRÚ manifiesta que ELECTRO DUNAS se equivoca cuando alega que la función normativa y la competencia del Consejo Directivo para dictar mandatos se encuentra regulada en el artículo 25 del Reglamento. Dicha afirmación carece de sentido; en tanto la competencia de las entidades de la Administración Pública se encuentra sustentada en lo dispuesto en una norma de rango legal y por ende, de ningún modo pueden encontrarse sustentadas en normas de inferior jerarquía, como el Reglamento. Precisa que, el artículo 25 del Reglamento se encuentra subordinado a lo dispuesto en la Ley de Organismos Reguladores y la Ley de Banda Ancha.

AZTECA PERÚ señala que, el Reglamento no podría definir los alcances de la competencia del OSIPTEL para dictar mandatos, menos aun fijando límites temporales sobre la oportunidad para emitir un mandato que no han sido reconocidos en la Ley. En esa línea, el Reglamento debe interpretarse en sujeción y de manera coherente con dichas leyes, y de ningún modo puede tratarse de una disposición contradictoria, que establece limitaciones a una competencia reconocida en el marco legal. En consecuencia, considera que la atención de su solicitud y la correspondiente emisión de un mandato en el presente caso no constituyen un exceso a la función normativa del



Consejo Directivo y menos aún, una contravención al principio de legalidad, pues esta atribución del OSIPTEL se sustenta precisamente en la ley.

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

AZTECA PERÚ manifiesta que a criterio de ELECTRO DUNAS, el OSIPTEL se encuentra interfiriendo en los acuerdos y mecanismos de solución de controversias pactados en el Contrato. Desde su errada perspectiva, el Consejo Directivo estaría suplantando la voluntad de las partes sin fundamento alguno, cuando para la modificación de un contrato únicamente deben intervenir las partes y llegar a un acuerdo, sin la intervención de alguna entidad de la Administración Pública.

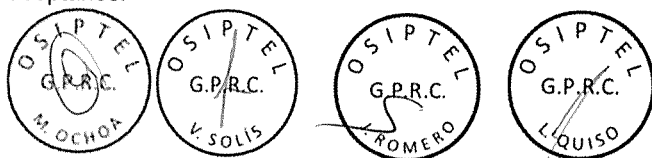
Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que los mercados regulados se diferencian de los no regulados, en tanto en estos últimos la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación entre las partes, sin la intervención de un organismo regulador<sup>19</sup>. Sin embargo, en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, la parte interesada, estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.

Señala que, el contexto en el que se desarrollan las relaciones de compartición, el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un Contrato, 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.

En efecto, indica que 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).

Manifiesta que en el presente caso lo que AZTECA PERÚ solicitó al Consejo Directivo es que emita un mandato para que se respete la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, esto es, que se cumpla con el principio de legalidad con respecto a la contraprestación por el uso de infraestructura pues la retribución mensual fijada en el Contrato 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 ELECTRO

<sup>19</sup> Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



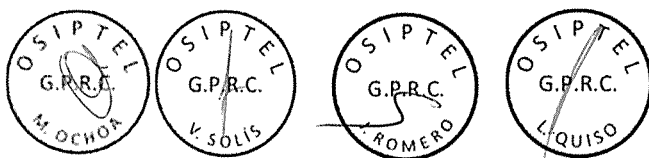
DUNAS se rehúsa a aplicar los valores correctos de las variables de la Metodología para determinar el precio máximo y, por ende, continúa exigiendo el pago de una contraprestación que al menos excede tres veces el tope legal.

AZTECA PERÚ manifiesta que 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 ELECTRO DUNAS, 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, señala que 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).

Indica AZTECA PERÚ que 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, pues significaría que el OSIPTEL se encontraría impedido de cumplir con su rol como garante y protector del interés público protegido en la Ley de Banda Ancha. Ello, en tanto el OSIPTEL estaría limitado a resguardar el despliegue y operación de la Red Dorsal hasta un momento específico (suscripción del Contrato), por lo que no podría proteger realmente el interés público, puesto que podrían presentarse problemas a lo largo de la relación contractual que pusieran en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, en las que dicha entidad se encontraría impedido de interferir.

AZTECA PERÚ sostiene que contrariamente a lo señalado por ELECTRO DUNAS, no se trata que el OSIPTEL deba abstenerse intervenir en un contrato porque se circunscribiría únicamente al ámbito privado; sino 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 atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ 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 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, señala que ha quedado demostrado que el Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas pactadas a través de la emisión un mandato de compartición de infraestructura.



**4.2.4 Ante una cláusula que contraviene una norma imperativa no sólo corresponde solicitar su nulidad.**

AZTECA PERÚ manifiesta que ELECTRO DUNAS pretende que, en caso exista una contravención a una norma de orden público, la afectación deba subsanarse únicamente mediante la aplicación de los remedios jurídicos del Código Civil, esto es, la declaración de nulidad de la cláusula ilegal.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que, si bien la 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.

Precisa que, toda vez que ELECTRO DUNAS no aceptó su propuesta de modificación, solicitan al Consejo Directivo que emita un mandato que modifique la remuneración del Contrato, resguardando el despliegue y operación de la Red Dorsal, en atención a sus facultades como organismo regulador. Considera que se encontraba, pues, habilitada jurídicamente para seguir esta vía y lograr de ese modo, con la solicitud de emisión de un mandato, que se respete la metodología. Precisa que no debe perderse de vista que la Ley le otorga a AZTECA PERÚ un derecho de acceso a la infraestructura eléctrica, lo que conlleva el permanecer en el ejercicio de dicho derecho, evitando abusos del poder monopólico del titular de la infraestructura, al pretender cobrarnos una retribución excesiva.

AZTECA PERÚ manifiesta que su decisión de solicitar la emisión de un mandato para modificar la contraprestación fijada en el Contrato se sustenta en la competencia del Consejo Directivo para intervenir ante la falta de acuerdo, resguardando el interés público de compartición de infraestructura para la operación de la Red Dorsal. Por ello, constituye una alternativa legal ilícita y disponible para su empresa, a la que AZTECA PERÚ recurrió para cambiar una situación de ilegalidad y abuso ante la exigencia del pago de una contraprestación que excede por lo menos tres veces el precio máximo que legalmente puede exigirse por compartición de infraestructura.



AZTECA PERÚ precisa que sin perjuicio de lo señalado, la solicitud de un mandato en el presente caso, no impide que, con posterioridad, soliciten la nulidad de la cláusula de contraprestación pactada inicialmente por contravenir una norma imperativa o, en todo caso, acudan a otra vía que consideren conveniente para solicitar la devolución de todo lo pagado en exceso desde la suscripción del Contrato.

#### 4.2.5 El MTC ha sido claro en señalar que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3).

AZTECA PERÚ manifiesta que, lo alegado por ELECTRO DUNAS evidenciaría cierta desesperación en su defensa, en la que trata a toda costa de desconocer que para la autoridad el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), contrariamente a lo que hasta la fecha erradamente sostienen (valor igual al número efectivo de arrendatarios). Así pues, considera que ELECTRO DUNAS pretendería tergiversar información y confundir al Consejo Directivo señalando que el MTC se ha pronunciado de forma distinta, indicando que el valor del denominador “Na” es igual a uno (1); sin embargo, es claro que la comunicación del Viceministerio de Comunicaciones -omitida estratégicamente por la contraparte en su escrito de reconsideración- tiene como finalidad aclarar las dudas de las empresas eléctricas en cuenta a la aplicación del referido denominador.

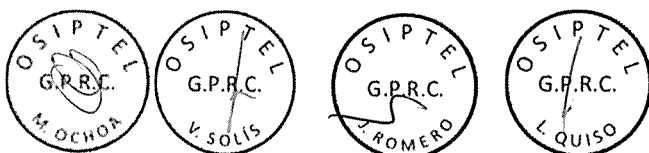
Oficio No. 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017.

*“Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan 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 independientemente del número de arrendatarios efectivo.”*

(Énfasis agregado por AZTECA PERÚ)

Adicionalmente a lo anterior, AZTECA PERÚ manifiesta que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones depende del Viceministerio de Comunicaciones, por lo que éste último tiene mayor jerarquía en cuanto al criterio interpretativo respecto del valor de una variable de la Metodología establecida en el Reglamento; siendo que su comunicación es la que prima sobre la que pudo haber emitido cualquier dirección que dependa del despacho del Viceministerio. En esa línea, el oficio que reconoce el valor igual a tres (3) del denominador “Na” ha sido firmado por el Viceministro Comunicaciones, quien es el superior en cuanto al sector Comunicaciones.

Además, precisa que se tiene que considerar que con posterioridad de dicha comunicación no ha vuelto a emitir otra que pueda contradecir que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3), por lo que existe un panorama claro sobre cuál es la opinión final del MTC, entidad que emitió el Reglamento que aprobó la Metodología para determinar el precio máximo por uso compartido de infraestructura. Precisamente, este último oficio del Viceministerio de Comunicaciones busca cerrar la discusión en cuanto a las distintas interpretaciones de las empresas eléctricas sobre el valor del denominador “Na”.





En consecuencia, AZTECA PERÚ 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.

#### 4.2.6 Sobre la complementariedad de las Leyes N° 28295 y N° 29904.

AZTECA PERÚ manifiesta que en su Escrito, ELECTRO DUNAS señaló que la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento únicamente es aplicable para la construcción de la Red Dorsal, mas no para la compartición de cualquier infraestructura eléctrica que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones. Asimismo, alega que el Consejo Directivo no puede señalar que en el marco de una relación de compartición bajo la Ley N° 29904, las partes deban seguir los principios económicos de la Ley N° 28295, pues se tratarían de reglas que le corresponden a un régimen distinto al que vincula a ELECTRO DUNAS Y AZTECA PERÚ.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ señala que, el interés público protegido tanto en la Ley N° 28295 y la Ley N° 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 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. Por ello, la lectura de ambas normas debe consensuarse y las disposiciones vinculadas a la contraprestación pueden ser aplicadas en regímenes de compartición de infraestructura, sea que nos encontremos ante el despliegue de la Red Dorsal u otras redes.

AZTECA PERÚ indica que, el hecho de la Ley N° 29904 regule un régimen especial de compartición (para el despliegue de la Red Dorsal), no enerva su real naturaleza (régimen de acceso a infraestructura). Es más, dicha situación 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.

Considera que ELECTRO DUNAS pretende plantear un falso dilema: no es cierto que tenga que separar o distinguir un régimen del otro (la Ley N° 28295 de la Ley N° 29904). Ambos regímenes protegen a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final, 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 accedan a los beneficios de la banda ancha.



En consecuencia, AZTECA PERÚ considera que ambas normas tienen finalidades complementarias, por lo que deben leerse en conjunto, así como los criterios fijados deben ser respetados en las relaciones de compartición de ambos marcos normativos. Así pues, contrariamente a lo que manifestó ELECTRO DUNAS, 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.

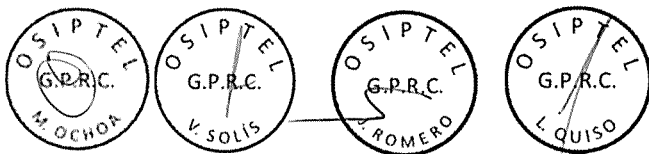
#### **4.2.7 El valor igual a tres (3) del denominador “Na” tiene sustento en la Ley N° 29904 y su Reglamento.**

AZTECA PERÚ manifiesta que ELECTRO DUNAS continúa alegando que señalar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3) contraviene el principio de legalidad, dado que a su errado criterio la fórmula de la Metodología establecida en el Reglamento indicaría que el valor es igual al número de arrendatarios reales que, en este caso, sería igual a uno (1). Es más, reiteran que el costo incremental por operación y mantenimiento debe ser dividido entre uno (1) para determinar cuáles son los costos que se generan por un arrendatario ("Na" igual a 1), pues de lo contrario, ELECTRO DUNAS terminaría asumiendo los costos ocasionados por AZTECA PERÚ.

Al respecto, AZTECA PERÚ manifiesta que la afirmación de que el denominador “Na” tiene un valor igual a tres (3) tiene un sólido sustento del Consejo Directivo que 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 Informe del 2013 que sustentó el Reglamento y se corrobora en el Informe del 2017 que sustentó la RVM.

En ese contexto, AZTECA PERÚ 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 RVM 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 PERÚ 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 PERÚ 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 ELECTRO DUNAS, por lo que para determinar el costo incremental de AZTECA PERÚ 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.

AZTECA PERÚ manifiesta que, de acuerdo a lo señalado por ELECTRO DUNAS, si la Metodología aceptara un valor igual a tres (3) para el denominador "Na" lo habría consignado expresamente, pero la propia norma lo ha dejado como una variable abierta y cambiante que asumirá un valor distinto en cada caso. Sobre este punto, AZTECA PERÚ señala que el parámetro "f" y el denominador "Na" se encuentra íntimamente conectados, por ello atendiendo a que el Reglamento permite que el MTC modifique el valor del factor "f", no podría haberse consignado siempre un valor igual a tres (3) para el denominador "Na". Así, por ejemplo, señala que el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03, publicada en El Peruano el 15 de Junio del 2015, proponía un valor del parámetro "f" de 4.3%, en tanto sólo consideraba el peso por el apoyo de un cable, por lo que, de haberse aprobado esa modificación, el valor correcto del "Na" hubiese sido igual a uno (1).

En atención a lo señalado, AZTECA PERÚ señala que 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 ELECTRO DUNAS, 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. En tal sentido, considera que el Mandato emitido en este caso tiene absoluta validez y su decisión se respalda en el marco legal vigente sobre uso compartido de infraestructura.

#### **4.3. POSICIÓN DE ELECTRO DUNAS RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ A SU RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.**

ELECTRO DUNAS expresa su total rechazo a lo afirmado por AZTECA PERÚ, pues considera que sus argumentos carecen de cualquier asidero jurídico y tratan de imputarle conductas desleales que contravienen la buena fe procedimental que ha demostrado durante todo el procedimiento.

##### **4.3.1 Sobre la inmutabilidad del Contrato.**

ELECTRO DUNAS señala haber sostenido durante todo el procedimiento que el Contrato es inmutable, conforme a la protección otorgada a los contratos en el artículo 62 de la Constitución<sup>20</sup>. Sin embargo, señala que AZTECA PERÚ ha confundido lo expresado por ELECTRO DUNAS al señalar que:

<sup>20</sup> Artículo 62.-La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...) (Énfasis de ELECTRO DUNAS)



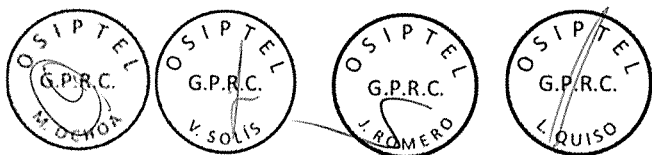
1.4. Asimismo, ELECTRO DUNAS señala que las comunicaciones previas a la suscripción del Contrato de Compartición deben ser consideradas, pues determinan que AZTECA (voluntariamente aceptó la contraprestación inicialmente fijada y, en esa línea, a su criterio, no correspondería que se modifique la retribución que fue aceptada inicialmente. Sobre este punto, **resulta sorprendente que ELECTRO DUNAS afirme que las partes no podrían renegociar algún aspecto del Contrato de Compartición, pues todo pacto se encuentra sujeto a negociación y, por ende, a la modificación de las condiciones que puedan haber sido inicialmente acordadas**; más aún en situaciones en las que se ha podido advertir que existió un error en la determinación de alguna condición económica, como ha sucedido en el presente caso.  
(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

Considera que lo expresado por AZTECA PERÚ es falso, dado que nunca ha sostenido que el Contrato no pueda ser modificado. En efecto, todos pueden serlo si ambas partes lo acuerdan así y siguen las formalidades pactadas en el propio contrato. Caso contrario, podrán optar por resolver el mismo o acudir a un proceso de solución de controversias si ese fuere el caso. Pero jamás y bajo ninguna circunstancia, deberá ser librado a la modificación de un tercero como el OSIPTEL.

ELECTRO DUNAS manifiesta en primer lugar, que ha sostenido que el Contrato es inmutable respecto a lo pretendido por AZTECA PERÚ, pues ésta pretende su modificación a través de un mandato de compartición. Por tal motivo, señala que le resulta sorprendente que AZTECA PERÚ no comprenda la diferencia entre la emisión de un mandato de compartición y una renegociación de contrato, pues la renegociación implica que las partes del contrato sostengan tratativas que podrían derivar en la celebración de una modificación o no, de un contrato ya existente. En consecuencia, considera que AZTECA PERÚ puede solicitarle renegociar el contrato de formas infinitas, pero dichas pretensiones sólo serán exigibles cuando ambas partes acepten realizar la modificación propuesta, pues cada una tiene todo el derecho de no aceptar las modificaciones propuestas y mantener el texto vigente que fue acordado de buena fe por ELECTRO DUNAS, al menos, al momento de la celebración del contrato.

ELECTRO DUNAS manifiesta que en este caso, no existe acuerdo con AZTECA PERÚ para la modificación del Contrato y, por tanto, considera que no existe la posibilidad de una modificación por parte de un tercero como es el OSIPTEL, tal y como lo han sostenido a la largo del presente procedimiento, pues los términos expresados por AZTECA PERÚ en su solicitud de modificación no han sido aceptados.

Conforme a lo expuesto, ELECTRO DUNAS desea dejar claro que el Contrato puede ser modificado válidamente, pero sólo por acuerdo entre las partes. En consecuencia, la inmutabilidad del Contrato debe ser entendida con relación a la emisión del mandato de compartición por parte del OSIPTEL cuando ya existe un contrato vigente, pues éste es un tercero ajeno a la relación contractual que pretende ilegalmente reemplazar la necesidad de acuerdo entre partes para modificar el Contrato.



En segundo lugar, ELECTRO DUNAS manifiesta que le llama la atención nuevamente cómo AZTECA PERÚ argumenta la existencia de errores y asimetría informativa en la celebración del Contrato:

*1.5. "Al respecto, como AZTECA ha explicado en anteriores oportunidades, **la asimetría informativa existente para conocer los costos de las empresas eléctricas, así como los cortos plazos fijados en el Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal, constituyen circunstancias que facilitaron que en las negociaciones iniciales se determinará erróneamente la contraprestación por uso de infraestructura al aplicarse incorrectamente la fórmula metodológica.** Por ello, tan pronto AZTECA tuvo conocimiento y certeza de los valores correctos de las variables de la Metodología, solicitó a ELECTRO DUNAS acordar la modificación de la contraprestación pactada, a fin de que no exceda el precio máximo legal que puede ser exigible."* (Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

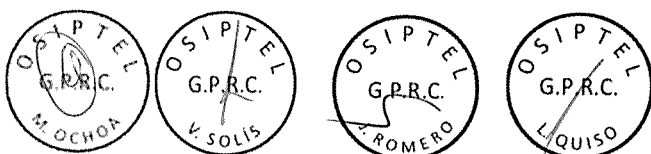
Conforme al citado texto, ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ busca mostrarse como una víctima de su falta de conocimiento sobre los costos de la infraestructura eléctrica y la falta de tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Algo que, considera es inverosímil, tratándose de una empresa multinacional que no sólo opera en el Perú y que, además, no sólo cuenta con contratos de compartición celebrados con ELECTRO DUNAS, sino que negoció y suscribió numerosos contratos de compartición con distintos titulares de infraestructura eléctrica.

ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ es una empresa que pretende desarrollar un proyecto que ella misma califica como de gran importancia para el desarrollo del país. En consecuencia, acreditó ante el Estado Peruano tener conocimiento en el desarrollo de ese tipo de proyectos, lo que involucra indubitablemente tener conocimiento sobre cómo se iban a desplegar sus redes en la infraestructura eléctrica existente.

ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ nunca ha mencionado que no tuvo acceso a la información necesaria sobre los costos de la infraestructura eléctrica o que ELECTRO DUNAS no cumpliera con algún requerimiento de información que la primera hubiera solicitado. Por el contrario, AZTECA PERÚ cumplió sin reparos con las prestaciones del Contrato durante un poco más de 2 años.

Asimismo, considera preocupante que AZTECA PERÚ sostenga que no tenía capacidad de procesar la información sobre infraestructura eléctrica entregada por ELECTRO DUNAS, pues una empresa que pretende desarrollar un proyecto tan importante, debería tener la diligencia de contar con la pericia necesaria sobre la materia.

Señala que, a lo largo del procedimiento se demostró que la negociación del Contrato se llevó de buena fe, al menos por parte de ELECTRO DUNAS, y ambas partes estuvieron siempre de acuerdo con las retribuciones pactadas. Es claro que no medió ningún acto de presión o engaño.



Por otro lado, ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ no puede alegar la falta de tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión para que desplegara la Red Dorsal como una causal para cuestionar el Contrato, pues los plazos del mencionado contrato de concesión fueron aceptados por AZTECA PERÚ al celebrar el contrato, siendo parte de su deber de diligencia observarlos y tenerlos presentes antes de aceptarlos al celebrar dicho contrato.

Conforme lo expuesto, ELECTRO DUNAS pretende alegar “errores” en el Contrato que son supuestamente producto de una supuesta asimetría informativa y falta de tiempo; sin embargo, se ha demostrado que aquellos supuestos “errores” serían más una muestra de incompetencia por parte de AZTECA PERÚ o una posición oportunista, pues evidenciaría que ésta carece de conocimiento para desarrollar su proyecto. Señala que el derecho no puede amparar la falta de diligencia o incompetencia de las personas y menos la mala fe.

Por último, ELECTRO DUNAS menciona que los supuestos “errores” incurridos por AZTECA PERÚ al momento de celebrarse el Contrato, no tienen mayor sustento que la imaginación de AZTECA PERÚ, pues ninguno corresponde a los supuestos de los artículos 201 al 209 del Código Civil. Por ende, dichos “errores” no tienen ninguna relevancia dentro del marco jurídico vigente.

#### 4.3.2 Sobre la competencia del OSIPTEL para la emisión del mandato.

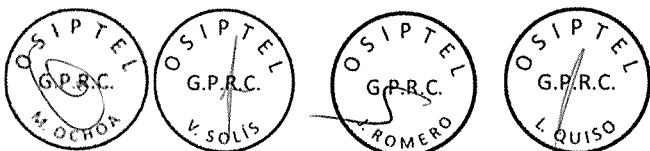
ELECTRO DUNAS señala que lo que ha sostenido a lo largo de todo el procedimiento es que, una vez celebrado un Contrato entre agentes privados, éste no puede ser modificado por una decisión unilateral del OSIPTEL.

En ese sentido, se debe dejar claro que el contrato y el mandato son mecanismos distintos para alcanzar el objetivo del uso de la infraestructura eléctrica. En consecuencia, no se puede pretender que un mandato modifique un contrato o que un contrato modifique un mandato de compartición.

Sin embargo, considera que AZTECA PERÚ no ha comprendido dicha diferencia, pues desarrolla argumentos que carecen de coherencia y sustento legal, conforme se puede apreciar de la siguiente cita:

*2.4. Por lo tanto, el marco legal establece que el Consejo Directivo tiene competencia para dictar mandatos para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre acceso y el uso de infraestructura. Así pues, esta competencia no está limitada ni restringida para que sea ejercida en determinados supuestos (cuando no exista un contrato de compartición) o con un límite temporal (únicamente antes de la suscripción del Contrato de Compartición) como lo ha alegado ELECTRO DUNAS. **Por el contrario, es claro que 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 evidente vulneración al precio máximo que puede cobrarse por el uso compartido de infraestructura.***

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)



ELECTRO DUNAS manifiesta que no ha sostenido que el OSIPTEL no pueda emitir mandatos, pues su cuestionamiento se refiere a que se emita un mandato cuando existe un contrato de compartición e incluso se pretenda que dicho acto modifique dicho contrato. De tal manera, señala que ELECTRO DUNAS siempre ha sostenido que la supuesta controversia planteada por AZTECA PERÚ debe resolverse mediante los mecanismos propios del Contrato a efectos de definir la situación jurídica de dicho contrato y, en el supuesto negado que se declarase su nulidad, pueda solicitar un mandato totalmente desligado al contrato.

Le resulta sorprendente que AZTECA PERÚ pretenda argumentar que la regulación vigente otorga competencias al OSIPTEL para modificar contratos, pues en ninguna parte de las normas mencionadas durante el procedimiento se encuentra establecida aquella facultad. En consecuencia, se debe recordar que las facultades o prerrogativas del OSIPTEL deben ser interpretadas de manera restrictiva, si de por medio se encuentran derechos o intereses legítimos de los particulares.

ELECTRO DUNAS recalca que, en el presente caso, al existir un Contrato ya celebrado, el OSIPTEL carece de competencia para modificar dicho acuerdo. Asimismo, que carece de competencia porque la Ley N° 29904 y su Reglamento ya han previsto valores para las variables de la fórmula de cálculo de la retribución. Por lo tanto, no existe ningún vacío que complementar con ningún mandato y, por último, únicamente una modificación a la Ley N° 29904 o a su Reglamento, podrán cambiar la metodología de cálculo de la retribución, pero en ningún supuesto podrá hacerlo unilateralmente el OSIPTEL.

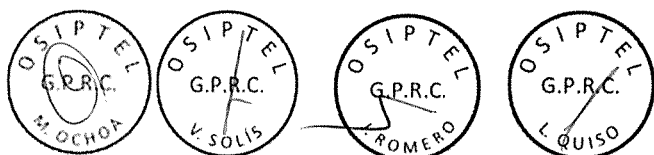
#### 4.3.3 Sobre la necesidad del mandato y el interés público.

ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ justifica la actuación del OSIPTEL argumentando una necesidad de satisfacer un interés público, conforme al siguiente texto:

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

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

Señala que, resulta contradictorio que AZTECA PERÚ reconozca que una renegociación puede llegar a ser infructuosa, pues antes parecía argumentar que toda renegociación conlleva necesariamente a la modificación del contrato. En consecuencia,



AZTECA PERÚ debería tener claro que la petición de renegociar un contrato no implica un derecho a modificar el contrato para ninguna de las partes. A efectos ilustrativos, el art 1361° del Código Civil dispone que los Contratos son obligatorios, para ambas partes, en cuanto se haya expresado en ellos.

Manifiesta que, la existencia de un interés público no justifica que una entidad de la administración pueda dejar de observar las normas legales vigentes y sobretodo el artículo 62° de la Constitución. Por tal motivo, considera que AZTECA PERÚ quiere justificar acciones contrarias a derecho, sólo mediante la existencia de un supuesto interés público. No obstante, precisa que AZTECA PERÚ ha sostenido durante todo el procedimiento la existencia de un interés público que debe ser satisfecho con urgencia, pero nunca ha desarrollado el contenido y relevancia de dicho interés ni muchos menos ha indicado la forma en la que el cumplimiento de lo pactado en el Contrato lo afecta.

ELECTRO DUNAS considera que, en el supuesto negado que el Contrato sea invalido, no existe la posibilidad de alinear un contrato que ha sido celebrado en contravención de las normas jurídicas vigentes en dicho momento, por el simple hecho que dicho contrato sería nulo. En efecto, no se puede alinear un contrato inválido, pues simplemente no existe para el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, si AZTECA PERÚ pretende sostener que los términos del Contrato no eran acordes a derecho, debería cuestionar la validez del mismo y solicitar un nuevo cálculo de la retribución haciendo uso de las vías de solución de controversias prescritas en el Contrato, esto es, mediante un arbitraje.

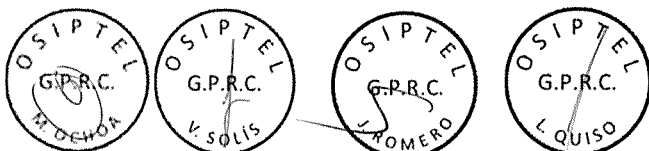
#### 4.3.4 La nulidad del contrato como único remedio.

ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ sostiene que existen múltiples remedios a los cuales puede recurrir para tutelar su supuesto derecho:

*4.2. Sobre este punto, debemos señalar que, si bien la declaración de nulidad de una cláusula que contraviene un 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. **En efecto, se debe tener en cuenta que constituye libertad de AZTECA decidir qué remedio emplear o qué vía acudir para la resolución del problema, esto es, una remuneración que excedía la máxima prevista en el ordenamiento jurídico.***

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

En la posición de ELECTRO DUNAS, aun cuando supuestamente existen diferentes remedios para una misma situación, el interesado se encuentra obligado a utilizar aquel remedio que proteja sus derechos e intereses teniendo en consideración la coherencia del ordenamiento jurídico, ya que recurrir a distintos remedios puede generar escenarios contrarios a la seguridad jurídica.





ELECTRO DUNAS señala que la coherencia en la aplicación de los remedios del ordenamiento jurídico es sumamente relevante en este caso, pues AZTECA PERÚ sostiene lo siguiente:

4.6. *"Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que la solicitud de un mandato en el presente caso, **no impide que, con posterioridad, solicitemos la nulidad de la cláusula de contraprestación pactada inicialmente por contravenir una norma imperativa o, en todo caso, acudamos a otra vía que consideremos conveniente para solicitar la devolución de todo lo pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición.**"*

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

ELECTRO DUNAS manifiesta que acorde con lo anterior, se puede apreciar una actitud oportunista y contraria a la buena fe por parte de AZTECA PERÚ, pues inicia un procedimiento administrativo de mandato de compartición, argumentando que es la única vía competente, pero luego afirma que el monto pagado en exceso por otros periodos no comprendidos en el mandato se puede requerir en otras instancias jurisdiccionales que, contradictoriamente para AZTECA PERÚ, no eran competentes en un inicio para resolver esta controversia. Esto, a su vez, advierte la incongruencia que desde un inicio ELECTRO DUNAS señaló ante el OSIPTEL: si esta instancia se atribuye competencia para resolver la cuestión por sobre cualquier otra instancia, ¿cómo se explica que luego AZTECA PERÚ se dirija a otra instancia -que ellos decían no era competente para resolver esta cuestión- para solicitar reembolsos en el marco de la relación de compartición modificada por el OSIPTEL?

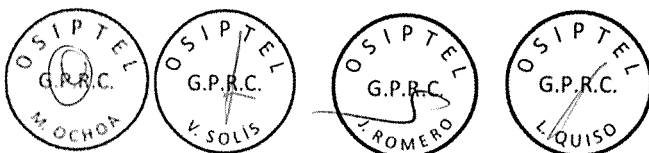
#### 4.3.5 Sobre la posición del MTC.

ELECTRO DUNAS rechaza completamente lo expresado sobre la presentación del Oficio N° 579- 2017-MTC/26, de fecha 8 de setiembre de 2017 emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones. De tal manera, citan lo expresado por AZTECA PERÚ:

5.2. *"Claramente, lo alegado por **ELECTRO DUNAS evidenciaría cierta desesperación en su defensa, en la que trata a toda costa de desconocer que para la autoridad el valor del denominador "Na" es igual a tres (3)**, contrariamente a lo que hasta ahora erradamente sostienen (valor igual al número efectivo de arrendatarios) Así pues, **ELECTRO DUNAS pretende tergiversar información y confundir al Consejo Directivo señalando que el MTC se ha pronunciado de forma distinta, indicado que el valor del indicador "Na" es igual a uno (1)**; sin embargo, es claro que la comunicación del Viceministerio de Comunicaciones -omitida estratégicamente por la contraparte en su escrito de reconsideración- tiene como finalidad aclarar las dudas de las empresas eléctricas en cuenta a la aplicación del referido denominador."*

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

Sobre el particular, ELECTRO DUNAS manifiesta que el Oficio N° 579-2017-MTC/26, ha sido emitido por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, órgano competente para emitir pronunciamientos a nombre del



Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En consecuencia, solicitan a AZTECA PERÚ que explique qué información ha sido tergiversada por ELECTRO DUNAS.

De otro lado, les sorprende que AZTECA PERÚ pretenda desconocer la validez del Oficio N° 579-2017-MTC/26, al argumentar una supuesta primacía del Oficio N° 520-2017-MTC/03. Ambos oficios han sido emitidos por órganos internos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y, por tanto, ambos expresan la posición de dicho Ministerio sobre la misma materia. ELECTRO DUNAS señala que el Oficio contiene la posición inicial y coincidente con todo el periodo durante el cual ambas partes mantuvieron la relación de compartición sin controversia alguna. Les llama la atención que hacia octubre de 2017, cuando los procedimientos de mandato de compartición recién iniciaron en muchos casos, la posición fue variada. Recuerda, además, que no sólo el MTC y sus órganos han emitido oficios en ese sentido, sino que el mismo AZTECA PERÚ se dirigió a dicha cartera solicitando que se variara el valor de "Na" pues hasta ese entonces el "valor de dicha variable Na era de 1, y así había sido incluida en todos sus contratos de compartición"<sup>21</sup>.

En ese sentido, considera que el argumento de AZTECA PERÚ de la supuesta primacía del Oficio N° 520-2017-MTC/03, solo demostraría que el factor "Na" igual a 3, es producto de una variación arbitraria en la interpretación de la norma por parte del MTC.

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

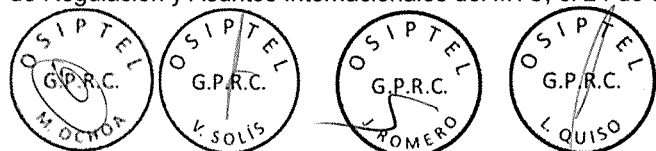
ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ afirma lo siguiente sobre la aplicación de las Leyes N° 28295 y 29904:

*6.4. Es, pues, evidente, que ELECTRO DUNAS **pretende plantear un falso dilema**: no es cierto que se tenga que separar o distinguir un régimen del otro (la Ley N° 28295 de la Ley N° 29904). Ambos regímenes protegen a la competencia, a la eficiencia en los servicios de telecomunicaciones y al usuario final, 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."*

(Énfasis agregado por ELECTRO DUNAS)

Señala que conforme a lo argumentado por AZTECA PERÚ, deben sostener que no tiene ningún sustento jurídico la intención de aplicar indistintamente ambos regímenes de compartición. En efecto, ambos regímenes están aprobados por dos leyes distintas, pues era voluntad del legislador la creación de dos regímenes distintos para la imposición de mandatos de compartición. Considera que, AZTECA PERÚ puede interpretar que las normas buscan intereses públicos similares, pues es obvio que ambas normas responden al mismo sector. Sin embargo, ambas normas crean regímenes distintos y la relación entre ambas es únicamente de especialidad, basta para

<sup>21</sup> Dicho pedido fue realizado por AZTECA PERÚ en la Carta DJ-121/17, recibida por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales del MTC, el 24 de enero de 2017.



ello verificar el ámbito de aplicación de cada una, pues el régimen de la Ley de Banda Ancha existe exclusivamente para impulsar el desarrollo de la Red Dorsal solo en infraestructura de servicios públicos de electricidad e hidrocarburos<sup>22</sup>, mientras que el otro régimen busca la eficiencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, mediante el ingreso de competidores y afectando cualquier infraestructura de uso público<sup>23</sup>. Por tanto, la norma especial en las relaciones de compartición en materia de red dorsal y fibra óptica es únicamente la Ley N° 29904.

En consecuencia, ELECTRO DUNAS señala que no plantea un falso dilema, pues se entiende claramente que la Ley N° 28295 y 29904 son normas distintas y por criterio de especialidad, únicamente debe ser aplicada al presente caso la Ley N° 29904. Precisan que, es AZTECA PERÚ la que plantea una incorrecta aplicación de dichas normas, pues no existe sustento legal alguno para asumir que son complementarias.

#### **4.3.7 Sobre el valor a tres (3) según la Ley de Banda Ancha y su reglamento.**

ELECTRO DUNAS señala que rechaza totalmente lo indicado por AZTECA PERÚ al pretender argumentar que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento ya indicaban que el factor Na sería igual a 3. En ese sentido, sólo precisan que en caso fuera tan evidente como lo sostiene AZTECA PERÚ, solo demostraría que esta no tuvo ni la más mínima diligencia de revisar las normas por las cuales se estaba celebrando el Contrato.

En virtud de ello, considera que AZTECA PERÚ pretende argumentar que el valor tres (3) para el factor Na era muy evidente conforme a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, pero a pesar de supuestamente ser tan evidente AZTECA PERÚ no lo tomó en cuenta al negociar el Contrato ni los otros tantos que suscribió con otros titulares de infraestructura eléctrica.

Conforme a lo expuesto, ELECTRO DUNAS manifiesta que AZTECA PERÚ vuelve a caer en contradicción en sus afirmaciones, pues ahora no puede argumentar que sus denominados “errores” han sido producto de un desconocimiento de la normativa que facilita el desarrollo de su propio proyecto.

<sup>22</sup> Ley N° 29904

“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.  
(...)”

<sup>23</sup> Ley N° 28295

“Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El acceso y uso compartido a que se refiere la presente Ley, será de aplicación obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público, sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso.

El acceso y uso compartido incluye a la coubicación.”



#### 4.4. POSICIÓN DEL OSIPTEL.

##### 4.4.1 Respecto de que no resultarían aplicables al presente caso las disposiciones de la Ley N° 28295 ni de ningún otro régimen de acceso y uso de infraestructura distinto al recogido por la Ley N° 29904.

ELECTRO DUNAS solicita la anulación de la Resolución Impugnada de la referencia a la aplicación de la Ley N° 28295 para un caso especial y distinto en el cual la única norma aplicable es la Ley N° 29904. Hace referencias a párrafos del numeral 4.2.4.3 del Informe N° 00082-GPRC/2018 –en el que se sustenta el Mandato de Compartición-, en el que se desarrolla el alcance del acceso y uso compartido de infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904, del cual deriva que la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 es aplicable no sólo para la construcción y operación de la RDNFO, sino también para cualquier compartición de infraestructura de energía eléctrica o hidrocarburos que pueda ser empleada para el despliegue de otras redes de telecomunicaciones.

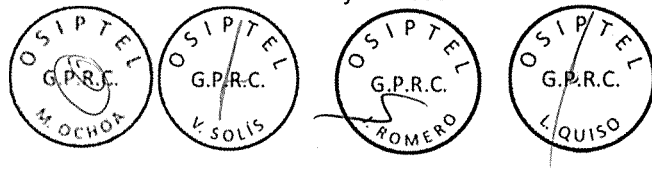
Al respecto, se ratifica lo señalado en el referido numeral 4.2.4.3 del Informe N° 00082-GPRC/2018, siendo correcta la base legal que ahí se indica como sustento de la posición del OSIPTEL, esto es, el artículo 13 de la Ley N° 29904, los artículos 3.1 (definiciones de “Operadores de Telecomunicaciones” y “Operador Dorsal”) y 25 de su Reglamento.

Complementariamente, se debe señalar que la Ley N° 29904 declara en su artículo 3 (numeral ii) de necesidad pública e interés nacional “El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, 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”. [subrayado agregado]

En ese sentido, las redes de telecomunicaciones que pueden ser desplegadas en la infraestructura eléctrica bajo el marco de la Ley N° 29904, son aquellas necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil. A estos efectos, debe tenerse presente que Banda Ancha, para el ámbito de la Ley N° 29904, tiene la siguiente definición<sup>24</sup>: *“conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.”*

En ese sentido, la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha dispuesta por la Ley N° 29904, no se encuentra restringida a las redes que reciban financiamiento del Estado, sino que se refiere a cualquier red que permita la provisión de Banda Ancha, fija o móvil.

<sup>24</sup> Cfr. con el artículo 4 de la Ley N° 29904.



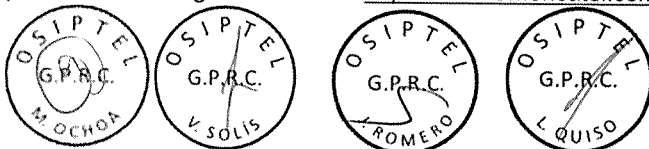
Cabe mencionar que el Consejo Directivo del OSIPTEL ha sostenido lo señalado en mandatos anteriores a los del presente procedimiento, como el solicitado por el operador de telecomunicaciones Americatel Perú S.A. con el concesionario eléctrico Electro Sur Este S.A.A., aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2017-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de marzo de 2017. Es oportuno señalar que el operador de telecomunicaciones antes referido, pertenece a un grupo económico que en el Perú desarrolla proyectos de telecomunicaciones que emplean redes de Banda Ancha sin contar con financiamiento público<sup>25</sup>.

De otro lado, ELECTRO DUNAS menciona que *“no puede extenderse la aplicación de la Ley N° 29904 a cualquier servicio público de telecomunicaciones como lo serían por ejemplo los servicios finales de telecomunicaciones, no sólo por un criterio de especialidad en la aplicación de la Ley N° 29904 sino por las diferentes características técnicas en la prestación de estos servicios públicos”*. Al respecto, se reitera y aclara la Ley N° 29904 no se refiere a *“cualquier servicio público de telecomunicaciones”*, sino a los que empleen redes que permitan la provisión de servicios de Banda Ancha, conforme al marco legal y reglamentario antes indicado.

Asimismo, se precisa que la Ley N° 28295 y el Decreto Legislativo N° 1019 – mencionados por ELECTRO DUNAS en su recurso de reconsideración- son normas que regulan supuestos específicos de compartición obligatoria de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, como también lo hace la Ley N° 29904. Ahora bien, el derecho de acceso y uso de los operadores de telecomunicaciones que despliegan redes de Banda Ancha respecto de la infraestructura eléctrica, ha sido analizado en el numeral 4.2.4.3 del Informe N° 00082-GPRC/2018 y en párrafos precedentes de manera específica y exclusivamente bajo la luz de las disposiciones citadas de la Ley N° 29904; por lo cual, carece de fundamento y debe ser desestimado el comentario de ELECTRO DUNAS que indica que se estaría realizando una incorrecta aplicación de la Ley N° 28295 a supuestos de hecho regulados por la Ley N° 29904 o a la inversa.

Finalmente, la solicitud de ELECTRO DUNAS para que el OSIPTEL se pronuncie en este procedimiento respecto a que los operadores de telecomunicaciones –distintos de AZTECA PERÚ- no pueden solicitar modificaciones a las retribuciones que tienen pactadas con ELECTRO DUNAS y demás concesionarios de infraestructura, sobre la base del Anexo 1 del Reglamento, cuando dichas pretensiones se encuentren referidas a proyectos de telecomunicaciones distintos a los previstos en la Ley N° 29904; se debe señalar que dicha solicitud no corresponde al ámbito del presente procedimiento, que se encuentra acotado específicamente a la solicitud de AZTECA PERÚ dirigida a ELECTRO DUNAS en fecha 21 de agosto de 2017, para modificar las condiciones económicas de su relación de compartición creada mediante el Contrato, solicitud que derivó en el presente procedimiento de mandato ante la falta de acuerdo entre las partes. Cualquier otra solicitud, será analizada en la oportunidad y procedimiento que corresponda conforme al marco normativo aplicable.

<sup>25</sup> Sobre el grupo económico al cual pertenece el operador de telecomunicaciones, ver información publicada en el siguiente enlace: <https://www.americatel.com.pe/informacion/qui%C3%A9nes-somos.html>



Se reitera además que la actuación del OSIPTEL cumple con el principio de legalidad, como se observa del marco legal que respalda su posición y que, pese a haber sido claramente expuesto en el numeral 4.2.4.3 del Informe N° 00082-GPRC/2018, no ha recibido comentario específico alguno por parte de ELECTRO DUNAS, quien se ha limitado a señalar que el OSIPTEL estaría en un “error” o que su criterio sería “inaceptable” sin indicar base legal alguna que respalde sus alegaciones.

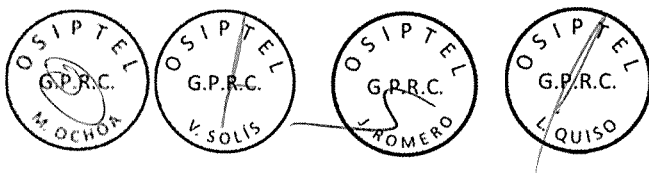
En consecuencia, en la emisión del Mandato de Compartición no se ha vulnerado el principio de Legalidad al analizar el alcance de la Ley N° 29904 ni incurrido en causal que determine su anulación, como lo ha solicitado ELECTRO DUNAS, por lo que sus argumentos deben ser desestimados.

**4.4.2 Respeto de que sería improcedente dictar un mandato de compartición cuando existe un contrato previamente celebrado con AZTECA PERÚ y que el Consejo Directivo del OSIPTEL carece de competencia para dictar mandatos de compartición en el presente caso.**

ELECTRO DUNAS señala que el OSIPTEL, a lo largo del Informe N° 00082-GPRC/2018 que sustenta el Mandato de Compartición 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 eventuales mandatos que dicte el OSIPTEL, y que las controversias que surjan en virtud a dichos contratos ya perfeccionados únicamente serán resueltas en la vía arbitral o judicial. Indica que solo habría argumentado que la libertad contractual se sujeta también a los límites que señala el régimen económico de la Constitución, entre ellos la legalidad.

Al respecto, se debe aclarar que en el citado Informe N° 00082-GPRC/2018 el artículo 62 de la Constitución y su aplicación en el presente procedimiento, han sido ampliamente analizados en el acápite 4.2.6.2, de manera especial entre las páginas 74 a la 80, y también complementariamente entre las páginas 80 a 85, a las cuales nos remitimos y reiteramos respecto de lo señalado en el recurso de reconsideración. En el referido acápite, se analizan los comentarios presentados por la partes al Proyecto de Mandato y precisamente en esos comentarios es que ELECTRO DUNAS hizo referencia al artículo 62 de la Constitución, al cuestionar los fundamentos expuestos en el numeral 4.1 y 4.2.4.4 del Informe que sustentó el Proyecto de Mandato.

Cabe precisar que la serie de argumentos jurídicos y fácticos expuestos en el referido acápite 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018, han sido cuestionados por ELECTRO DUNAS única y exclusivamente señalando que es falso que el Contrato no haya observado adecuadamente la Metodología, por cuanto las partes entendieron que el factor “Na” fue 1 para ambas partes. Sin embargo, ELECTRO DUNAS no se ha referido en absoluto al análisis contenido en el cuadro de la página 114 del Informe N° 00082-GPRC/2018, el cual se concluyó que aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de un arrendatario, las rentas mensuales generadas estaban en todos los casos muy por debajo de los precios



acordados en el Contrato, situación que determinó para el OSIPTEL que no se generase convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

A continuación se reitera el referido cuadro de análisis, que no ha merecido comentario alguno por parte de ELECTRO DUNAS más allá de la supuesta "falsedad" que alega sin sustento:

N°	CÓDIGOS DE LAS BASES DE DATOS DEL OSINERGMIN	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2014 (Por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)*
1	POSTE DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO DE 8 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	BT	0,11	0,52
2	POSTES DE MADERA TRATADA O DE CONCRETO ARMADO, DE 12, 13 Y 15 METROS, CLASE 4 O CLASE 5	MT	0,69	2,07
3	POSTE DE CONCRETO DE SUSPENSIÓN (2°) O TIPO SU1-18, DE 60 KV A 66 KV	AT	2,40	22,34
4	TORRE DE SUSPENSIÓN (5°) O TORRE DE ÁNGULO MENOR (30°), DE 60 KV A 66 KV	AT	6,70	22,34
5	TORRE DE ÁNGULO MAYOR (65°) O TORRE DE ANCLAJE, RETENCIÓN INTERMEDIA Y TERMINAL (15°), DE 60 KV A 66 KV	AT	12,60	22,34
6	POSTE DE ACERO DE SUSPENSIÓN (2°) DE 220 KV A MÁS	AT	8,30	22,34

Sobre la base de una supuesta –y no sustentada- falsedad que atribuye al OSIPTEL, ELECTRO DUNAS concluye que se ha incumplido con motivar el Mandato de Compartición conforme al ordenamiento jurídico y que se ha contravenido su derecho constitucional al debido procedimiento. En ese sentido, el argumento en mención se deriva, considerando una actuación de buena fe de ELECTRO DUNAS, de una falta de entendimiento o una lectura distraída del acápite 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018 y de lo señalado en la página 114 al analizar los valores de los precios pactados en el Contrato. Por ello, ante la falta de sustento de los argumentos de ELECTRO DUNAS, éstos deben ser desestimados.

Por otro lado, ELECTRO DUNAS 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 expresada sobre dicho parámetro por la propia autoridad que aprobó la RVM N° 768. En efecto, en el Oficio N° 520-2017-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2017 -presentado por AZTECA PERÚ 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 de fecha 02 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° 00082-GPRC/2018, según se detallará en párrafos subsiguientes.

De otro lado, considerando que ELECTRO DUNAS, por el contenido de su recurso de reconsideración, no habría entendido lo señalado en los acápites 4.1, 4.2.4.4 y 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018, se le 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, ELECTRO DUNAS 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 ELECTRO DUNAS, han sido analizadas a detalle en el precitado Informe N° 00082-GPRC/2018.

Finalmente, se reitera que los argumentos expuestos por ELECTRO DUNAS en su recurso de reconsideración 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 4.2.6.2 del Informe N° 00082-GPRC/2018. En tanto los fundamentos fácticos y jurídicos del referido acápite no han sido cuestionados por ELECTRO DUNAS 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, por lo que el citado recurso debe ser desestimado.

De otro lado, ELECTRO DUNAS sostiene en su Escrito recibido con fecha 29 de mayo de 2018 que *“jamás y bajo ninguna circunstancia, [el Contrato] deberá ser librado a la modificación de un tercero como el OSIPTEL”* y que *“en el presente caso, al existir un Contrato ya celebrado, el OSIPTEL carece de competencia para modificar dicho acuerdo”*. Al respecto, se reitera lo señalado en los acápites 4.1, 4.2.4.4 y 4.2.6.2 del Informe N° 00082-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 ELECTRO DUNAS ha persistido en obviar al presentar su posición y comentarios en el presente procedimiento.

En específico, ELECTRO DUNAS 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° 00082-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, ELECTRO DUNAS 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 PERÚ formulada a ELECTRO DUNAS 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 diciembre de 2014, 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.

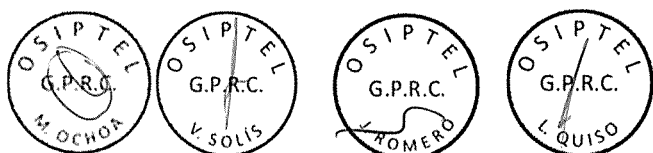
#### **4.4.3 Respetto de que el OSIPTEL carecería de competencia para modificar una retribución que ha sido establecida previamente por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.**

ELECTRO DUNAS 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° 00082-GPRC/2018, al aplicar la Metodología respecto de la infraestructura eléctrica de ELECTRO DUNAS para la relación de compartición que mantiene con AZTECA PERÚ, 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 4.3.3 y 4.3.6 del Informe N° 00082-GPRC/2018, a los cuales nos remitimos para absolver los argumentos expuestos por ELECTRO DUNAS 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 lo siguiente.

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 antes citada 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>26</sup>, que sustentó la propuesta publicada mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, textualmente 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:

#### COMPARATIVO ENTRE METODOLOGÍAS DE CÁLCULO DEL PARÁMETRO “f”

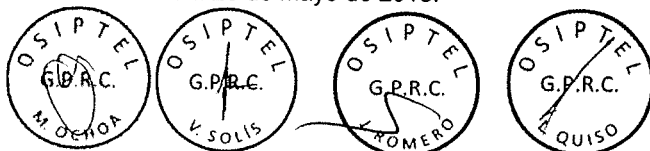
PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN		NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)	PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>01 cable de comunicación</b>	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de <b>03 cables de comunicación</b>
Valor de “f” = 5,8% (para media y alta)	Valor de “f” = 6,1% (para media y alta)	Valor de “f” = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de <b>132,5 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado del ratio entre el valor de <b>139,23 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por <b>3</b> , el ratio entre el valor de <b>139,23 Kg/Km</b> (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de <b>2.279,98 Kg/Km</b> (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%,

<sup>26</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.



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 sobrecosto 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:

**COMPARATIVO DE LOS VALORES DE RETRIBUCIÓN MENSUAL**

PROYECTOS DE MODIFICACIÓN METODOLOGÍA = UN (1) CABLE DE COMUNICACIÓN				NORMA APROBADA METODOLOGÍA = TRES (3) CABLES DE COMUNICACIÓN	
PROYECTO PARA COMENTARIOS 1 (Exposición de Motivos de la Resolución N° 133-2017- MTC/03)		PROYECTO PARA COMENTARIOS 2 (Informe N° 256-2017-MTC/26 que sustenta la Resolución N° 698-2017-MTC/03)		APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Exposición de Motivos de la Resolución N° 768-2017- MTC/03)	
Costo total de compartición por la instalación de <b>01 CABLE DE COMUNICACIÓN</b>		Costo total de compartición por la instalación de <b>01 CABLE DE COMUNICACIÓN</b>		Costo total de compartición por la instalación de <b>03 CABLES DE COMUNICACIÓN</b>	
VALOR DE "f" = 5,8% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 6,1% (para media y alta)		VALOR DE "f" = 18,3% (para media y alta)	
"Na" = 1		"Na" = 1		"Na" = 3	
Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)		Retribución mensual (US\$, sin IGV)	
EC060COU0S0-120-S1	1,85	EC060COU0S0-120-S1	1,90	EC060COU0S0-120-S1	1,90
EC060COU0D0-120-S1	2,10	EC060COU0D0-120-S1	2,20	EC060COU0D0-120-S1	2,20
EC060SIU0S1-120-S1	3,20	EC060SIU0S1-120-S1	3,30	EC060SIU0S1-120-S1	3,30
TA060SIR0S1C1120FS+6	7,90	TA060SIR0S1C1120FS+6	8,30	TA060SIR0S1C1120FS+6	8,30
TA060SIR0D1C1120FA+3	13,60	TA060SIR0D1C1120FA+3	14,30	TA060SIR0D1C1120FA+3	14,30

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 ELECTRO DUNAS 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 sobrecosto OPEX del 6.1% al utilizar la infraestructura eléctrica para su cable de comunicación, no remunerere dicho sobrecosto 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 sustento 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 remunerere costos que no ha generado, es decir,



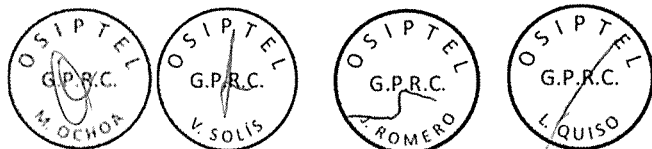
que remunerare costos inexistentes. En ese sentido, dicha posibilidad implicaría que el arrendador (v.g. concesionario eléctrico) reciba retribuciones por facilidades no brindadas o facilidades inexistentes, lo que, en otros términos, conllevaría para el arrendador una suerte de enriquecimiento sin causa. 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 de fecha 02 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 reitera 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.

Finalmente, cabe señalar que las referencias a un administrado distinto en una parte específica del Mandato de Compartición (ENEL), es un error tipográfico cuya referencia se corrige por cuanto corresponde a ELECTRO DUNAS, por cuanto los numerales 1.5, 1.6 y 4.5 que se citan textualmente son evidentemente del Contrato que es objeto del presente procedimiento.

En ese sentido, por lo señalado en los acápites 4.3.3 y 4.3.6 del Informe N° 00082-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 referida anteriormente, razón por la cual se requiere la modificatoria de la retribución pactada en el contrato suscrito entre ELECTRO DUNAS y AZTECA PERÚ. 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.

## 5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por ELECTRO DUNAS, se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 080-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el acápite 4.4 del presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Atentamente,



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

