

**COMENTARIOS REMITIDOS POR LAS EMPRESAS AL PROYECTO DE  
MANDATO**

**EXPEDIENTE** : N° 00012-2018-CD-GPRC/MC  
**MATERIA** : Mandato de Compartición de Infraestructura  
**ADMINISTRADOS** : Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.  
Electro Tocache S.A.

- I. Carta DJ-1943 de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. recibida el 8 de noviembre de 2018.

DJ-1943/18

Expediente No. : 00012-2018-CD-GPRC/MC  
Referencia : C. 00690-GCC/2018  
Escrito No. : 2  
Sumilla : Comentarios al proyecto de  
mandato

RECIBIDO

2018 NOV - 8 11:43

OSIPTEL

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

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

Que, mediante carta de fecha 17 de agosto de 2017, AZTECA solicitó a Electro Tocache S.A. ("**ETOSA**") que la contraprestación periódica que viene exigiéndonos por el uso de su infraestructura eléctrica, en razón al Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica (el "Contrato de Compartición") celebrado el 12 de octubre de 2015, sea adecuada a efectos de respetar el precio máximo a que se refiere el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley No. 29904, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "Reglamento"). Ello, en correcta aplicación de la "Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y el uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos", desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento (la "Metodología").

Que, luego de que ETOSA manifestara claramente a AZTECA que no estaba de acuerdo con los planteamientos contenidos en nuestras cartas y habiendo transcurrido en exceso el plazo a que se refiere el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento, el 12 de julio de 2018, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL (el "Consejo Directivo") la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura.

Que, el 10 de octubre de 2018, fuimos notificados con la Carta C. 00690-GCC/2018 a través de la cual la Gerencia de Comunicación Corporativa nos corre traslado de la Resolución de Consejo Directivo No. 219-2018-CD/OSIPTEL del 4 de octubre de 2018, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura (el "Proyecto de Mandato") que se encuentra sustentado en el Informe No. 00213-GPRC/2018, de fecha 26 de septiembre de 2018, elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (la "Gerencia"), el cual también fue notificado en dicha fecha.



Que, a continuación, procedemos a **presentar nuestros comentarios al Proyecto de Mandato** en los siguientes términos; los cuales solicitamos sean considerados por el Consejo Directivo, en atención al principio de verdad material<sup>1</sup> e informalismo<sup>2</sup> que rige todo procedimiento administrativo.

## **I. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN**

- 1.1. En el Proyecto de Mandato se concluyó correctamente que el Consejo Directivo se encuentra plenamente facultado para modificar una relación de compartición sujeta a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, ante la negociación infructuosa planteada por una de las partes para modificar la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura. En consecuencia, se confirmó que OSIPTEL, a través del Consejo Directivo, es competente para emitir un mandato de compartición en el presente caso.
- 1.2. Al respecto, AZTECA siempre ha sostenido que el operador de telecomunicaciones y la empresa eléctrica no sólo pueden negociar las condiciones de su relación jurídica antes de la suscripción de un contrato de compartición, sino también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario, modificatorio o sustitutorio. Ello, en tanto la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas.
- 1.3. En esa línea, la propuesta de cambio de condiciones contractuales puede obedecer a que una de las partes advierte la aplicación incorrecta de reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición, la cual podría incluso estar vulnerando un interés público protegido. Dicha situación se evidencia en el presente caso: AZTECA solicitó a ETOSA la modificación de los términos contractuales referidos a la contraprestación por el uso de infraestructura, en tanto justamente excedía el precio máximo establecido por el marco regulatorio, lo que, a su vez, implicaba una vulneración a un interés público que, ciertamente, trasciende el interés económico o comercial de las partes de una relación de compartición.
- 1.4. Sobre este punto, corresponde resaltar que, a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación<sup>3</sup>, en **mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de**

<sup>1</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY No. 27444, APROBADO POR DECRETO SUPREMO NO. 006-2017-JUS**  
**Artículo IV del Título Preliminar.- Principios del procedimiento administrativo**

1.1. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

<sup>2</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY No. 27444, APROBADO POR DECRETO SUPREMO NO. 006-2017-JUS**  
**Artículo IV del Título Preliminar.- Principios del procedimiento administrativo**

1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

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

**telecomunicaciones**, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo de las partes frente la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

- 1.5. De ese modo, el Consejo Directivo es competente para modificar las condiciones económicas del Contrato de Compartición a través de un mandato, en el presente caso también se ha cumplido con haber tenido una negociación previa con ETOSA durante treinta (30) días, en la que AZTECA no pudo arribar a ningún acuerdo sobre la modificación de la contraprestación por uso compartido de infraestructura. Por ello, en este caso, se ha cumplido con lo contemplado en el artículo 25 del Reglamento, en tanto la solicitud de AZTECA para que OSIPTEL modifique la relación de compartición ocurrió luego de una negociación infructuosa con ETOSA llevada a cabo dentro del plazo legal.
- 1.6. En atención a lo expuesto, AZTECA coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00213-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA y ETOSA no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia, solicitamos al Consejo Directivo que emita un mandato de compartición de infraestructura, en este caso, modificando la contraprestación fijada a fin de que observe el precio máximo legal.

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

- 2.1. En el Proyecto de Mandato, se señala que la retribución por el uso de infraestructura eléctrica está definida como un pago que se sustenta en los costos adicionales por la operación y mantenimiento (costo incremental) asignable a cada arrendatario cuyo cable de comunicación es soportado en los postes o torres de la empresa eléctrica. En esa línea, se establece expresamente que el costo adicional por cada cable instalado ha sido dimensionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de la infraestructura. En consecuencia, el valor que corresponde considerar como "Na" es tres (3), en tanto el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) arrendatarios, por lo que la aplicación de dicho valor genera que la contraprestación sea la que realmente corresponde abonar por el espacio que ocupa un cable en la infraestructura.
- 2.2. Sobre el particular, AZTECA también sostuvo que el valor del factor "Na" es igual a tres (3). En efecto, se argumentó que el MTC estableció que el referido costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo ello en cuenta, resulta evidente para cualquiera que revise la operatividad de la Metodología que **existe una relación directa entre las variables "f" (peso adicional de cables de los arrendatarios) y el denominador "Na" (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica necesariamente tiene que guardar coherencia con el número de cables.**

- 2.3. Asimismo, coincidimos con la gerencia que no existen costos fijos que ETOSA asuma y deban ser considerados para determinar la contraprestación por uso compartido de infraestructura. Como ha sido contemplado en la Metodología (conforme ha sido elaborada por el MTC), los costos incrementales de operación y mantenimiento por uso de infraestructura han sido considerados en atención al espacio que ocupan tres (3) cables en una infraestructura, por lo que AZTECA únicamente debe abonar una contraprestación por el espacio que ocupa su cable y su retribución no debe corresponder al uso (espacio que ocupan) de al menos tres arrendatarios, como lo ha venido realizando desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición.
- 2.4. En efecto, el parámetro "f" cuantifica cuál es el costo marginal de operación y mantenimiento (no de inversión u otro CAPEX) que ocasionaría a una empresa eléctrica el soportar el peso de 3 cables de fibra de operadores de telecomunicaciones, en adición a los cables que la misma torre o poste ya soporta (sus propios cables), por ello es que el denominador "Na" debe tener un valor de tres (3) que se corresponda con el número de cables previstos. Mientras que, de acuerdo con la Gerencia, "el parámetro "h" (...) incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia", por lo que no es cierto que deba asignarse el valor del denominador "Na" sea igual a uno (1) para que AZTECA asuma los gastos de limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de las labores, pues en el monto de la contraprestación máxima está considerado la totalidad del costo que le genera a ETOSA el apoyo de un cable de fibra óptica.
- 2.5. Por tanto, AZTECA coincide con lo desarrollado en el Informe No. 00213-GPRC/2018 elaborado por la Gerencia, en el extremo referido a que el valor del factor "Na" debe ser tres (3). Ello, a fin de que la Metodología cumpla con el principio de eficiencia y cada arrendatario abone el costo incremental que se genera por operación y mantenimiento de la infraestructura que soporta un cable de fibra óptica.
- 2.6. Cabe recordar que el MTC ha sido claro al establecer que, luego de analizar las características propias de los soportes eléctricos que se suelen emplear, optó por diseñar la Metodología bajo la presunción general de que éstos tienen la capacidad de albergar tres (3) cables de comunicaciones. Por consiguiente, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y eficiente, reflejando únicamente el costo incremental que se genera por el espacio que ocupa cada arrendatario, tiene que considerarse (obligatoriamente) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, resulta ser que **la única manera de ser consistente con dicha finalidad normativa es que el denominador "Na" (Número de arrendatarios) del factor "B" de la Metodología sea necesariamente igual a tres (3)**.
- 2.7. Por ello, es importante y necesario que el Consejo Directivo reconozca que, desde que se aprobó la Metodología mediante el Reglamento en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador "Na" era igual a tres (3). Ello se evidencia claramente en el Informe No. 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013, que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Así pues, en la página 22 de dicho informe se desarrolla la lógica que se siguió para determinar el valor del factor "f", tanto en atención a la distancia entre torres/postes, como al peso que podrían

soportar aquellas, siendo que el MTC optó por asumir que, en promedio, todas las infraestructuras eléctricas podían alojar tres (3) cables, esto es, tres (3) arrendatarios.

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

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

*En la presente estimación podrían plantearse diversas variaciones que afecten el cálculo: del lado de las telecomunicaciones podríamos asumir solo 1 o 2 cables de fibra óptica o considerar cables coaxiales más pesados en lugar de cables de fibra óptica, entre otras variantes; así mismo, del lado de la infraestructura de energía eléctrica, podríamos considerar conductores más pesados, agregar conductores neutros o considerar conductores más livianos, por ejemplo, para baja tensión. Por ello, debido a la variabilidad de factores, consideramos prudente tomar un valor para f del 20% que implica un margen de seguridad razonable: respecto al 15% calculado.* (subrayado y énfasis agregados)

- 2.9. En ese orden de ideas, el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017, que sustenta la Resolución Viceministerial, sólo sigue la pauta regulatoria ya establecida por el MTC en el Informe No. 251-2013-MTC/26, afirmando que el criterio de peso o espacio a través del cual se mide la variable "f" consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a tres (3), es decir "Na" igual a tres (3). De ese modo, el Informe No. 292-2017-MTC/26 esclarece las dudas que podría tenerse sobre el valor del denominador "Na", ratificando que el valor correcto para su aplicación en la Metodología es tres (3).
- 2.10. Por tanto, corresponde que el Consejo Directivo, al momento de emitir el mandato de compartición solicitado en el presente caso, precise que el valor del "Na" igual a tres (3) se fijó desde la emisión del Reglamento, remitiéndose en primer lugar al Informe No. 251-2013-MTC/26, que constituye el sustento de lo establecido en el Reglamento. En efecto, en el Informe elaborado por la Gerencia únicamente se hace referencia al Informe No. 292-2017-MTC/26, cuando el Informe No. 251-2013-MTC/26 del MTC fue la primera fuente en la que se establece que el costo incremental por el arrendamiento de infraestructura se calculó en atención a tres (3) arrendatarios (el peso de tres cables de fibra óptica), por lo que corresponde que se rectifique y complemente lo indicado en dicha página.
- 2.11. Lo solicitado previamente resulta trascendental pues, como señalamos en nuestros anteriores escritos, desde la entrada en vigencia del Reglamento y su Metodología, los operadores eléctricos y de comunicaciones debían haber asignado al denominador "Na" el valor de tres (3), conforme lo ha claramente definido el MTC. Ciertamente, el haber estado facturando retribuciones calculadas en función a un "Na" igual a uno (1), ha implicado que se transgreda el mandato legal contenido en el

numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento; sin respetarse el precio máximo definido en el marco normativo aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento.

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

### III. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN

- 3.1. En el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición, señalándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de ETOSA por parte de AZTECA para la instalación de un (1) cable.
- 3.2. Al respecto, corresponde señalar que, si bien nos encontramos de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que, en su mandato, el Consejo Directivo precise el último párrafo de la nueva Cláusula Sexta que fija para el Contrato de Compartición. Ello, en tanto el Consejo Directivo debe precisar que las modificaciones de la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación consignada en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato tendrán efecto cuando la nueva contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.
- 3.3. Así, el recálculo y modificación de la retribución mensual deberá operar de manera automática, a partir del siguiente periodo de facturación y sin que sea necesario la suscripción de alguna adenda, siempre que la modificación dispuesta implique una reducción en el monto de la retribución mensual.
- 3.4. En esa línea, AZTECA propone que, el último párrafo de la Cláusula Sexta que hace referencia a la contraprestación del Contrato de Compartición, propuesta en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, sea modificada conforme al siguiente texto:

*Cláusula Sexta*

"(...)

*Las partes señalan que estos valores unitarios serán ajustados en forma automática, sin que sea necesaria la suscripción de una adenda al presente Contrato de Compartición, cada vez que los componentes señalados en la fórmula referida en el primer párrafo del presente numeral varíen de acuerdo a lo previsto en el Reglamento antes citado, y solamente en tanto éstos impliquen que AZTECA tenga que pagar a ETOSA una retribución mensual menor a la vigente en la fecha de modificación de los componentes de la fórmula. De ser ese el caso, la modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste. De igual forma operará la modificación de dichos valores en caso se modifique la metodología de cálculo, salvo disposición normativa en contrario."*

- 3.5. Por tanto, se solicita al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva Cláusula Sexta que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto en el punto 3.4.
- 3.6. De otro lado, coincidimos con la Gerencia que resulta fundamental que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación de la Cláusula Sexta del Contrato de Compartición, se establezcan los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de ETOSA, así como también se señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA. Ello, a fin de dar certeza y que no exista duda alguna para ninguna de las partes sobre a cuánto asciende la retribución mensual que debe abonarse por uso compartido de infraestructura.

**IV. SOBRE LAS DISCREPANCIAS QUE PUDIERAN TENER AZTECA Y ETOSA SOBRE LOS MONTOS FACTURADOS ANTES DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN**

- 4.1. En el Proyecto de Mandato, se indica que "(...) constituyen precios máximos por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ETOSA, los cuales entrarán en vigencia el primer día del mes siguientes a la fecha de publicación de la resolución que aprueba el presente Mandato (...)". De ese modo, las retribuciones mensuales que sean fijadas en el mandato de compartición de infraestructura podrán ser exigidas desde la entrada en vigencia del pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo.
- 4.2. Si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA y ETOSA sobre los montos facturados hasta la fecha de emisión del mandato, podrán ser discutidos por las empresas en el fuero de solución de controversias pertinente.
- 4.3. En efecto, si bien AZTECA entiende que los efectos del mandato de compartición no son retroactivos, es necesario que el Consejo Directivo reconozca que las partes tienen legitimidad para buscar solución a las discrepancias que puedan tener respecto a los montos ya facturados en otro fuero.



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

**POR TANTO:**

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

Lima, 8 de noviembre de 2018



**ANDRÉ ROBILLIARD ESCOBAL**  
GERENTE DE REGULACIÓN