

OSIPTEL

02067-2018/S84

2018 ENE 31 PM 4:07

RECIBIDO

Expediente : 00017-2017-CD-GPRC/MC
Sumilla : Absolvemos solicitud de emisión
de mandato de compartición
Escrito : 2

A LOS SEÑORES MIEMBROS CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:

ELECTRONORTE S.A. ("ENSA"), debidamente representada por su abogada Noelia Carreras Schabauer, según poderes que obran en el expediente, en el procedimiento administrativo de solicitud de emisión de mandato de compartición iniciado por **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. ("AZTECA")**, atentamente decimos:

Que, el 23 de enero de 2017 ENSA fue notificada con la Carta C.00034-GPRC/2018, por medio de la cual, en respuesta a la solicitud de prórroga efectuada mediante Escrito N° 1 del 17 de enero de 2018, el OSIPTEL nos otorgó plazo hasta el 31 de enero de 2018 para remitir nuestros comentarios e información técnica vinculada a la solicitud de mandato de compartición formulada por AZTECA.

Al respecto, dentro del plazo otorgado y conforme a lo solicitado por el OSIPTEL, cumplimos con manifestar nuestra posición sustentada respecto a lo solicitado por AZTECA:

a) ¿Quiénes somos? ¿Ha cometido ENSA una infracción?

1. ENSA es la empresa de distribución y comercialización de energía eléctrica en las regiones de Lambayeque y parte de Cajamarca. ENSA forma parte de las empresas del Grupo Distriluz, todas empresas públicas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado ("FONAFE").
2. La principal actividad de ENSA es la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica y alumbrado público, para lo cual cuenta con instalaciones en media y baja tensión. ENSA no presta servicios de telecomunicaciones a terceros en competencia con AZTECA o cualquier otra empresa del sector.

3. ENSA tiene el compromiso de actuar de conformidad con las normas legales y reglamentarias aplicables según la legislación vigente, lo cual implica también un absoluto respeto a la libre y leal competencia.
4. Por ello, ENSA niega rotundamente las afirmaciones que, sin medio probatorio alguno y de forma temeraria, AZTECA efectúa en su solicitud en relación con la negociación y ejecución del contrato de acceso y uso de nuestras instalaciones en el sentido que ENSA se habría "aprovechado" e "impuesto" a dicha empresa condiciones que implican el actuar contra las leyes aplicables (página 19 de su solicitud) y que habríamos cometido una infracción pasible de sanción por parte del OSIPTEL. Estas afirmaciones son a todas luces denigrantes para nuestra empresa y se encuentran reñidas con la buena fe y con la leal competencia.
5. Tal como demostraremos más adelante, la interpretación común de los alcances de la Metodología, la definición de los costos aplicables, el cálculo de la respectiva retribución, y las condiciones contractuales para su aplicación entre las partes, fueron acordados de buena fe, sin mediar coerción o coacción de ningún tipo.
6. Por el contrario, AZTECA, quien es la parte del contrato que presta servicios de telecomunicaciones y que, por ende, está en mejor posición para entender los alcances del marco normativo de compartición de infraestructura, otorgó su conformidad y suscribió el acuerdo de compartición sobre la interpretación común de las partes de las normas aplicables y sin cuestionar los alcances de las obligaciones asumidas conforme a los contratos.
7. Asimismo, esto puede corroborarse de la propia narración de los antecedentes de la solicitud de AZTECA, en los que se verifica claramente que al momento de la negociación y suscripción del contrato de compartición no hubo controversia alguna entre las partes respecto al cálculo de la contraprestación aplicable por la compartición. Por el contrario, conforme puede verificarse de la Cláusula Sexta citada por AZTECA, las partes dejaron constancia que los montos a pagar serían calculados conforme a la metodología establecida en la norma aplicable.
8. En esa línea, es recién de forma posterior a la firma del contrato que AZTECA se "percata el error" y "advierte la aplicación incorrecta de las reglas a las que debía sujetarse la relación de compartición" (ver numeral 5.1.3 de la solicitud) se entiende al momento de la suscripción del contrato de compartición.

9. Efectivamente, esto no podría ser de otra manera pues, como señala la propia AZTECA en su Carta DJ-1241/17 remitida a ENSA el 18 agosto de 2017, es recién con ocasión de pronunciamiento del Consejo Directivo del OSIPTEL posteriores a la firma del contrato y con la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 que se “modificaron los valores de las variables de la Metodología y/o precisado los términos correctos para la aplicación de la misma”. Por ello, mal podría afirmarse que ENSA actuó contra criterios y/o modificaciones que no existían al momento de la firma del contrato respectivo. Es más, la propia AZTECA, en carta remitida al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, evidencia que tenía una interpretación de la metodología diferente a la que hoy plantea en su solicitud, conforme veremos en las secciones siguientes.
10. Así, AZTECA no sólo no presenta evidencia alguna que sustenta sus afirmaciones respecto de la conducta de ENSA, sino que los antecedentes que ella misma narra contradicen sus propias afirmaciones.
11. Dejamos constancia que la actuación de AZTECA a través de la interposición de la presente solicitud en los términos en los que la misma ha sido efectuada, constituye una conducta contra sus propios actos y una afectación a la confianza legítima generada frente a ENSA y en modo alguno puede imputarse a ENSA la comisión de infracción alguna.
- b) ¿Cómo negociamos y qué pactamos con AZTECA para el uso y acceso a nuestras instalaciones?**
12. El 22 de abril de 2015, ENSA y AZTECA suscribieron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica – Compartición de Infraestructura Eléctrica” (el “Contrato”). Cabe mencionar que el Contrato es producto del modelo de contrato de compartición de infraestructura eléctrica y compromiso de contratación de los pares dorsales propuestos a ENSA por el FONAFE y el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (“FITEL”). Así, como podrá verificar el OSIPTEL, las empresas eléctricas bajo el ámbito del FONAFE cuentan todas con contratos de compartición con AZTECA con disposiciones iguales o muy similares, incluyendo la contraprestación aplicable, cuestión que no se dejó a discrecionalidad de ENSA, o ninguna de las empresas del Grupo Distriluz.

13. Según lo establecido en la Cláusula Sexta del Contrato, la contraprestación mensual se establecería conforme al Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (la "Metodología"). De conformidad con el marco normativo aplicable al momento de su suscripción, el precio se establecería por ENSA una vez aprobada la ruta respectiva y con el sustento respectivo, el cual podía ser observado por AZTECA. Asimismo, las partes señalaron que los valores mensuales serían ajustados cada vez que los componentes señalados en la Metodología varíen de acuerdo a lo señalado en las normas que la definen (Cláusula 6.4 segundo párrafo del Contrato).
14. Así, conforme a lo dispuesto en el Contrato, ENSA únicamente tiene obligación de adecuar la contraprestación cuando, por modificaciones normativas, alguno de los componentes de la Metodología haya sido modificado respecto de lo dispuesto en la norma al momento de la suscripción del Contrato. Esto implica que ENSA no tiene la obligación de modificar el componente "Na" de la fórmula en la medida que este no ha sido modificado a la fecha por norma alguna, siendo que se mantiene conforme a la norma vigente al momento de la suscripción del contrato, cuestión que, como veremos más adelante, ENSA viene discutiendo en las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.
15. Es claro que las negociaciones entre las partes fueron transparentes y de buena fe y que AZTECA otorgó su conformidad respecto a lo pactado en el Contrato cuestión que se evidencia con la ausencia de observación alguna por parte de AZTECA al cálculo de la contraprestación que ha venido asumiendo frente a ENSA a pesar que el Contrato le reconocía el derecho de observar el sustento de dicho cálculo el cual incluía la premisa de que, el factor "B" de la Metodología correspondía ser determinado según el número de arrendatarios existentes en las instalaciones de ENSA al momento de la suscripción del Contrato. En efecto, no existe ni una sola comunicación de AZTECA, previa a aquellas remitidas con la finalidad de iniciar el presente procedimiento de emisión de mandato de compartición, u otro medio probatorio aportado por dicha empresa que acredite lo contrario.
16. Por ello, rechazamos cualquier afirmación efectuada por AZTECA que sugiera una conducta ilegal por parte de ENSA o relativa a que nuestra empresa ha

venido exigiendo una contraprestación superior a aquella aplicable conforme a lo pactado en el Contrato y a la Metodología vigente al momento de su suscripción conforme la interpretación de la misma efectuada por ambas partes.

c) El marco regulatorio especial aplicable al Contrato no reconoce que OSIPTEL tenga facultad normativa respecto de la retribución aplicable al Contrato pues la misma está definida en una norma general.

17. Con la finalidad de definir el contexto normativo en el marco del cual debe discutirse los alcances de la solicitud efectuada por AZTECA, es importante que el OSIPTEL tome en cuenta cuestiones que dicha empresa ha omitido considerar y que resultan relevantes para efectuar una adecuada aplicación de la Metodología.

18. En regulación de telecomunicaciones, el otorgamiento de derechos de acceso y uso (género del cual la compartición de infraestructura es una especie referida a elementos pasivos como son los postes y los ductos) tiene diferentes finalidades según las razones que motivaron su establecimiento. Por ejemplo: en mercados en liberalización, tienen por finalidad reducir barreras de entrada a nuevos competidores; en mercados ya liberalizados, buscan equilibrar el terreno entre aquellos proveedores que controlan instalaciones que no son factibles de duplicar (operador dominante) por sus competidores, y desde una perspectiva de protección del ambiente, buscan reducir el impacto ambiental al evitar que se duplique infraestructura innecesariamente.

19. En el Perú, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones no incluye una definición general de lo que debe entenderse por “derecho de acceso y uso”, ni las atribuciones del OSIPTEL en relación con tal derecho. Así los alcances de cada especie de derecho de acceso regulados en el Perú, y las competencias y facultades del OSIPTEL en cada régimen, se rigen por lo dispuesto en su correspondiente norma especial que contiene la regulación que responde a la naturaleza del problema identificado y está justificada en los diversos objetivos de política general particulares a dicho régimen. Por ello, no es correcto hacer una aplicación indistinta de los regímenes de compartición reconocidos en la legislación peruana, tal como pretende AZTECA al sustentar su pedido en artículos de una norma que no resulta aplicable al Contrato.

20. En efecto, actualmente la compartición está regulada en tres normas con rango de ley: (i) la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (la “Ley de Compartición”); (ii) el Decreto Legislativo N° 1019, Ley de acceso a la infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (la “Ley de Proveedores Importantes”), y (iii) la Ley N° 29904, Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, “Ley de Banda Ancha”). Cada régimen cuenta con sus respectivas normas reglamentarias especiales y particulares, siendo el más reciente el correspondiente a la Ley de Banda Ancha vigente desde el 20 de julio de 2012.
21. Tanto la Ley de Compartición, como la Ley de Proveedores Importantes recogen regímenes de acceso que tienen como principal finalidad incentivar el acceso y efectiva capacidad de competir de nuevos entrantes al mercado de telecomunicaciones frente a operadores dominantes (con alto poder de mercado) para el beneficio del usuario final a través de la prevención de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, por un lado, la Ley de Compartición señala que la obligación de acceso únicamente procede en caso de presentarse y acreditarse una restricción a la construcción y/o instalaciones de infraestructura de uso público¹; y, por otro lado, la Ley de Proveedores Importantes señala que tendrán obligación de otorgar acceso a aquellos titulares de infraestructura de telecomunicaciones que sean calificados como Proveedores Importantes². Asimismo, en ambos regímenes las normas reconocen expresamente la competencia del OSIPTEL para predeterminedar criterios y definir la contraprestación aplicable entre las partes³.
22. Así, en ambos casos, las normas tienen como racionalidad subyacente para la existencia de una obligación de acceso el contrarrestar situaciones de hecho (imposibilidad de duplicar infraestructura o existencia de poder de mercado) que

¹ Ver artículos 4, 5 y 11 de la Ley de Compartición.

² Ver artículos 2 y 3 de la Ley de Proveedores Importantes. Dicha norma define al Proveedor Importante como que concesionario de servicios público de telecomunicaciones que tiene capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde el punto de vista de los precios y del suministro, en el mercado relevante de dichos servicios, como resultado de a) el control de facilidades esenciales; o, b) la utilización de su posición en el mercado.

³ Ver artículo 14 de la Ley de Compartición, y 33 al 35 de su reglamento; y artículo 7 de la Ley de Proveedores Importante, y artículos 30 al 33 de la Resolución 020-2008-CD/OSIPTEL.

constituyen contextos en los que el titular de la infraestructura está en capacidad y tiene los incentivos para incurrir en posibles prácticas de abuso de posición de dominio en perjuicio de quienes quieren acceder a dicha infraestructura y sus usuarios finales. Esto, desde un punto de vista de teoría de la regulación, es lo que justifica la existencia de un derecho de acceso *ex ante* y la posibilidad del OSIPTEL de regular la retribución aplicable. Sin embargo, esta racionalidad no es compartida ni es trasladable sin adaptación alguna al régimen de compartición de la Ley de Banda Ancha, tal como pretende AZTECA al sustentar su pedido en disposiciones de la Ley de Compartición.

23. En efecto, la compartición conforme a la Ley de Banda Ancha es un tipo de derecho de acceso que tiene como finalidad expresa el promover el despliegue de infraestructura para el desarrollo de la banda ancha, específicamente a través de la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica⁴ (la "RDNFO"), bajo las condiciones de los correspondientes contratos de concesión⁵. Así, no se trata de un régimen de acceso sustentado, como erróneamente plantea AZTECA, en el (no demostrado) poder de mercado de ENSA en el mercado de telecomunicaciones (en el cual no presta servicio a terceros), sino en facilitar la ejecución de un proyecto en particular, como lo es la RDNFO del cual AZTECA es sociedad concesionaria.
24. Así, no subyace al régimen de compartición de la Ley de Banda Ancha una lógica de eficiencia productiva en la prestación de servicios de telecomunicaciones que redunde en menores tarifas al usuario final⁶. Por el contrario, la Ley de Banda Ancha prevé la operación de la RDNFO por parte de operadores neutros que brindan servicios portadores, seleccionados a través de licitaciones públicas conforme a los criterios tarifarios específicos incluidos en los contratos de concesión que suscriba el Estado⁷.
25. Específicamente, el proyecto de la RDNFO no prevé que una reducción de los costos asociados a la compartición de infraestructura de AZTECA redunde en un

⁴ Ver artículos 1 y 3 de la Ley de Banda Ancha.

⁵ Ver artículos 7 y 8 de la Ley de Banda Ancha.

⁶ El interés del usuario final, como veremos más adelante, se garantiza con la definición de una tarifa máxima establecida en el contrato de concesión de AZTECA cuya determinación y actualización es totalmente independiente de los costos operativos reales de AZTECA.

⁷ Ver artículo 9 de la Ley de Banda Ancha.

mayor beneficio a los usuarios a través de una reducción de tarifas. Este punto, que desarrollaremos en detalle más adelante, es relevante pues demuestra que la racionalidad (*ratio legis*) de los demás regímenes de acceso no es trasladable al régimen de la Ley de Banda Ancha, lo cual, sumado al criterio de especialidad de las normas, descartan que puedan aplicarse por analogía los regímenes de la Ley de Compartición y/o Ley de Proveedores Importantes a la relación entablada entre ENSA y AZTECA conforme al Contrato. Por ello, no corresponde que se usen criterios establecidos en la Ley de Compartición y/o en la Ley de Proveedores Importantes para interpretar los alcances de la Metodología, como indebidamente pretende AZTECA.

26. Sobre la base de esta premisa, debemos señalar que la Ley de Banda Ancha y su reglamento, no reconocen al OSIPTEL competencia para determinar la retribución aplicable entre las partes en una relación de compartición. Por el contrario, dichas normas señalan que es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”), a través de la emisión de un decreto supremo o resolución viceministerial, la entidad competente para definir la metodología aplicable para la determinación de la correspondiente retribución, reconociéndose al OSIPTEL únicamente una función supervisora (y no reguladora ni normativa)⁸.
27. A mayor detalle, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General del OSIPTEL, la función normativa se define en los siguientes términos:

“Artículo 23.- Definición de Función Normativa

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

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

28. Así, la función normativa del OSIPTEL le reconoce al Consejo Directivo la competencia de dictar normas de carácter general, así como normas de carácter particular. Sin embargo, esta competencia debe necesariamente entenderse conjuntamente con lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento,

⁸ Ver artículo 13.4 b) de la Ley de Banda Ancha, y artículos 30.4 y 33.1 del Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

normas que, a través de la Metodología, contienen una norma de carácter general definida por el MTC que contiene la forma de cálculo de la retribución respectiva. Por ello, dicho marco normativo especial excluye de la competencia normativa del OSIPTEL ese aspecto de las relaciones de compartición entabladas en el marco de la Ley de Banda Ancha.

29. Esto último ha sido reconocido por la propia AZTECA en el numeral 5.3.20 de su solicitud, en la cual dicha empresa contradictoriamente, señala que, a diferencia de la Ley de Compartición, la Ley de Banda Ancha “existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos” y por ende solicita el OSIPTEL que aplique mecánicamente la fórmula correspondiente de acuerdo con la particular interpretación que AZTECA propone de la misma. Así, la propia AZTECA niega que el Consejo Directivo tenga facultad normativa respecto de la retribución aplicable al Contrato.
30. Así, en aplicación directa del principio de legalidad, corresponde hacer una interpretación restrictiva de las competencias el OSIPTEL en materia de compartición bajo el régimen de la Ley Banda Ancha al haber esta norma preestablecido la retribución aplicable.
31. Por todo ello, es claro que, la interpretación del alcance de las normas aplicables a la relación entablada es de competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, razón por la cual ENSA ha cumplido con iniciar el correspondiente procedimiento de solución de controversias ante el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, el cual actualmente está en trámite en el Expediente N°008-2017-CCO-ST/CI.
32. En línea con lo anterior, debemos precisar que la Ley de Banda Ancha tampoco otorga al OSIPTEL competencia para modificar acuerdos contractuales para el acceso y uso vigentes, como es el caso del Contrato. En efecto, dicha ley no prevé que el inicio de una solicitud de emisión de un Mandato de Compartición se relacione con un convenio ya existente. Al respecto, en aplicación de los principios de legalidad y subsidiariedad que rigen la actuación el OSIPTEL⁹, es nuestra posición que el OSIPTEL carece de competencia para emitir un mandato de compartición cuando ya existe un acuerdo vigente y, menos aún, cuando su

⁹ Ver artículo 11 del Reglamento General del OSIPTEL y artículo IV numeral 1.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

única finalidad es modificar la retribución previamente pactada. Por el contrario, el propio Contrato prevé la vía arbitral como la correspondiente a cualquier controversia surgida entre las partes o, de ser el caso para aquellas materias que corresponda, lo será el Poder Judicial. Esto, además, parte por respetar que la propia Ley de Banda Ancha deriva a la libertad de contratación de las partes, sujeta al Derecho Privado, y dentro de los límites de la regulación, la negociación y definición de los convenios de compartición.

33. Asimismo, nuestra posición se soporta en el hecho que la emisión de mandatos de compartición es una competencia intrusiva en la esfera jurídica de los administrados, por lo que sus supuestos de emisión necesariamente deben interpretarse restrictivamente, como corresponde a toda norma que restringe derechos¹⁰. Reiteramos que el OSIPTEL no tiene competencia para revisar acuerdos vigentes y que, además, fueron suscritos conforme a las normas vigentes en dicho momento.

34. Por todo lo anterior, el Consejo Directivo debe declararse incompetente para resolver la solicitud de mandato efectuada por AZTECA.

d) ¿Hay un interés público detrás de la solicitud de mandato efectuada por AZTECA?

35. AZTECA sostiene la línea argumentativa incluida en su solicitud en la premisa implícita que buscan promover la eficiencia en el sector y, sobre todo, en la protección del interés público que ello conlleva. Sin embargo, tal como adelantamos en la sección previa, AZTECA ha omitido mencionar en su solicitud que cualquier reducción de los costos asociados a la compartición de infraestructura la beneficia directamente, a través de la mejora de sus márgenes comerciales por reducción de costos operativos sin trasladarse a los usuarios, toda vez que no generará ninguna reducción en las tarifas.

36. Lo anterior resulta relevante para (i) demostrar la racionalidad del régimen de la Ley de Banda Ancha en comparación a los otros regímenes de compartición y abundar a lo desarrollado en sección previa; (ii) evidenciar las consecuencias netamente confiscatorias para ENSA que tendría la emisión de un mandato de compartición en los términos solicitados por AZTECA; y, (ii) poner en contexto

¹⁰ Ver artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

las temerarias e infundadas afirmaciones que AZTECA ha realizado sobre la conducta e intenciones de ENSA y demás empresas eléctricas en el marco de la negociación y ejecución del Contrato.

37. AZTECA es la sociedad concesionaria del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, representado por el MTC (el "Concedente") el 17 de junio de 2014, al amparo de la Ley de Banda Ancha (el "Contrato de Concesión"). Conforme a dicho contrato, AZTECA se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los bienes de la concesión y a prestar los servicios señalados en el contrato través de la RDNFO por 20 años a partir de la fecha de suscripción, a cambio de los pagos por concepto de Retribución por Inversión ("RPI")¹¹, Retribución por Operación y Mantenimiento ("RPMO")¹² y la Prima por Resultados¹³ cuando existan Recursos Excedentes Brutos¹⁴.
38. Es importante mencionar que tanto el RPI como el RPMO se encontraban comprendidos en la Oferta Económica efectuada por AZTECA y que la hizo adjudicataria en la licitación pública que tuvo como consecuencia la firma del Contrato de Concesión.
39. El Contrato de Concesión se suscribió bajo la modalidad de Asociación Público-Privada bajo la modalidad de concesión cofinanciada, lo cual significa que en

¹¹ Adenda N° 1 del Contrato de Concesión del 17 de noviembre de 2014:

"2.67: Retribución por Inversión (RPI)

Es el pago trimestral que se realiza para retribuir la inversión en que ha incurrido el Concesionario, de acuerdo a los términos y condiciones establecidas en el Contrato. El pago del RPI es incondicional e irrevocable. Dicho pago será realizado a través del fideicomiso Red Dorsal y, en caso los Ingresos Disponibles no sean suficientes para cubrirlos, corresponderá al Concedente pagar el cofinanciamiento del RPI."

¹² Contrato de Concesión:

"2.69: Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO)

Es el pago a favor del Concesionario que se realiza durante la Fase de Prestación del Servicio Portador. En este concepto se incluyen los montos correspondientes a la tasa por explotación comercial del servicio aporte al FITEL, aporte al OSIPTEL y la Retribución por Supervisión al OSIPTEL."

¹³ Contrato de Concesión:

"2.58 Prima por Resultados:

Es la diferencia entre los Recursos Excedentes Brutos y los Recursos Excedentes Netos, que corresponderá al Concesionario."

¹⁴ Contrato de Concesión:

"2.58 Recursos Excedentes Brutos: *Es el monto dinerario resultante de descontar trimestralmente el pago de RPI más el pago de RPMO de los Ingresos Disponibles.*

2.59 Recursos Excedentes Netos: *Es el monto dinerario que resulta de multiplicar el Margen del Excedente por los Recursos Excedentes Brutos."*

caso los Ingresos Disponibles¹⁵ no cubran los pagos por RPI y RPMO, el Concedente realizará el pago de un cofinanciamiento¹⁶. Así pues, en caso de que los Ingresos Disponibles del trimestre respectivo no cubran el pago del RPI y RPMO correspondiente, el Concedente tiene la obligación de otorgar el cofinanciamiento a favor de AZTECA, así como programar y presupuestar para cada año fiscal, los recursos necesarios para el pago del RPI y el RPMO, conforme a las normas de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, tomando en consideración la proyección de los Ingresos Disponibles conforme al Fideicomiso de la Red Dorsal¹⁷. Es decir que los ingresos por RPI y RPMO tienen calidad de ingreso garantizados para AZTECA.

40. En cuanto a las tarifas por el servicio portador a ser prestado por AZTECA conforme al Contrato de Concesión, el Anexo 7 de dicho contrato establece el valor de la tarifa que será aplicable durante cinco (5) años desde la puesta en operación de la primera etapa del proyecto. Luego de esta etapa, la tarifa será revisada anualmente. Esta tarifa predeterminada es el mecanismo que el diseño del Contrato de Concesión prevé para garantizar el interés público a través de una tarifa tope al servicio portador brindado por AZTECA.
41. Para la revisión de la tarifa por parte el OSIPTEL, según las condiciones establecidas en la Cláusula 39 del Contrato de Concesión, únicamente se ajusta el valor de la RPI y de la RPMO aplicándole el índice WPSSOP3500 (*Finished Goods Less Food and Energy*) según lo establecido en la Cláusula 29.2 del Contrato de Concesión. Es decir que la retribución de AZTECA (que forma la base de cálculo para la revisión de la tarifa) no es disminuida bajo ningún

¹⁵ Contrato de Concesión:

"2.42 Ingresos Disponibles: son los Ingresos Totales, deducidos el IGV de los Ingresos Totales, la Tasa de Explotación Comercial, e Aporte al FITEI, los costos de administración fiduciaria y el Aporte al OSIPTEL.

2.43 Ingresos Totales: Es la totalidad de ingresos facturados por la explotación comercial de la RDNFO, incluyendo los ingresos por la prestación del Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales."

¹⁶ Normas relativas al Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos respecto a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del Estado aprobadas por Decreto Supremo N° 108-2006-EF:

"Artículo 2.- De la compensación que perciban los concesionarios

El Concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en: (a) tarifas, peajes, precio, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales, y/o, de no ser suficientes, (b) un cofinanciamiento que consiste en un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/ o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes."

¹⁷ Es el fideicomiso de administración de recursos dinerarios constituido por el Concesionario que tendrá por finalidad administrar y distribuir los Ingresos Totales.

supuesto ni se trasladan las eficiencias que dicha empresa pudiese generar en el periodo (como producto de la reducción de costos de operación y mantenimiento) a los usuarios de sus servicios a través de una menor tarifa.

42. Entonces, como se puede apreciar, el Contrato de Concesión establece un régimen financiero y económico estable a favor de AZTECA, con ingresos garantizados asociados a los costos de inversión, y de operación y mantenimiento incluidos en la oferta económica presentada por AZTECA al momento de adjudicarse la concesión.
43. Sobre este punto, es de suma importancia resaltar que, al 19 de diciembre de 2013 (momento de la recepción de sobres correspondientes a las ofertas económicas de los postores) ya estaba vigente el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual incluía la respectiva Metodología. Es decir que, en su momento, AZTECA debió incluir en su evaluación y cuantificación de riesgos, y en la modelación de su oferta los costos de operación y mantenimiento considerando como premisa la aplicación de la Metodología conforme esta fue establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Para ello, necesariamente debió asumir una interpretación de los alcances del factor "B" incluido en la fórmula aplicable.
44. ¿Cuál fue esta interpretación? Tal como demostraremos en la sección siguiente y en línea con lo ya señalado en la sección b) del presente escrito, las pruebas demuestran que la interpretación de AZTECA debió ser que el factor "B" representaba el número existente de "arrendatarios" y no al número máximo de "arrendatarios" como hoy pretende.
45. En resumen, en el contexto en el cual nos encontramos, cualquier disminución de la retribución que OSIPTEL ordene, constituiría una confiscación de valor de ENSA que es trasladado a AZTECA en forma de mayores márgenes para hacer su negocio más rentable. A la fecha, no tenemos conocimiento que AZTECA haya implementado mecanismos para "compartir" estas rentas con los usuarios a los que presta sus servicios.
46. Por ello, solicitamos al OSIPTEL evaluar si el interés público y la necesidad nacional es realmente aquello que AZTECA busca cautelar a través de la estrategia desplegada en contra de ENSA y otras empresas eléctricas, o, por el contrario, si es que esta empresa busca sólo obtener mayor rentabilidad a través

de un subsidio del sector eléctrico, desconociendo que, al momento de proponer su oferta y evaluar la rentabilidad de su proyecto, AZTECA consideró que el factor "B" representaba el número existente de "arrendatarios" y no a tres arrendatarios como hoy pretende.

47. Por tanto, solicitamos al OSIPTEL tomar en consideración que lo que se discute en el marco de la presente solicitud es, en realidad, el definir quién debe asumir los costos asociados al uso y acceso de infraestructura eléctrica para la ejecución del proyecto de la RDNFO materia del Contrato de Concesión. Consideramos que es claro que el responsable por asumir dichos costos es AZTECA, quien recibe una remuneración garantizada por el Estado Peruano, y que no se deben trasladar los sobrecostos para el Estado Peruano asociados a un (mal) diseño de un Contrato de Concesión a las empresas prestadoras de servicio de transmisión eléctrica pues ello constituye un ACTO CONFISCATORIO, así como un incremento del riesgo que ello implica para la calidad y continuidad del suministro de electricidad a usuarios libres y regulados.

e) **¿Cómo debe entenderse y aplicarse el factor "B" de la Metodología?**

48. Sin perjuicio de todo lo señalado previamente, debemos exponer la posición de ENSA respecto a cómo debe aplicarse el factor "B" de la Metodología.
49. El 20 de julio de 2012 se publicó la Ley de Banda Ancha la cual establece en su artículo 13° lo siguiente:

"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 propio]*

50. El 4 de noviembre de 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC que aprobó el reglamento de la Ley de Banda Ancha (el "Reglamento") el cual señala en su artículo 30° lo siguiente:

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

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

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

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

*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. (...)"* [Énfasis propio]

51. Considerando lo señalado en el artículo 30° antes citado, el Anexo 1 del Reglamento describe la Metodología la cual establece, entre otros, que para calcular la contraprestación mensual por uso (la "RM") se aplicará la siguiente fórmula:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+i_m)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

i_m : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20%

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

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

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros

l= 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión

52. Asimismo, el Anexo N° 1 incluyó una nota en la que se señala que “los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”. Es decir, conforme a lo señalado expresamente en el Reglamento, el factor “Na” no puede ser modificado por resolución viceministerial.
53. Como puede observarse, entre otros, la fórmula incluye la aplicación de un factor “B”, que es un factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios el cual es definido como:

$$B = 1/N_a$$

Donde N_a : número de arrendatarios

54. Así, de acuerdo con el texto de la norma y a su interpretación netamente literal, el factor “B” hace referencia número de “arrendatarios” reales de la infraestructura en particular que es materia de compartición al momento de aplicar la Metodología. En efecto, en caso el legislador hubiese querido que dicho factor se refiera al “número máximo de arrendatarios que soporta la infraestructura” o a un número preestablecido (como es tres arrendatarios) lo hubiese tenido que prever de esa manera en el texto respectivo.
55. Cabe precisar que el único parámetro interpretativo adicional, desde un punto de vista sistemático por comparación, nos lo da el propio Reglamento, el cual, tal como indicamos previamente, establece en su artículo 30.3 que “la contraprestación inicial única y las contraprestaciones periódicas, serán asumidas por quien tenga el derecho a utilizar la infraestructura compartida respectiva”. Únicamente tiene derecho a utilizar la infraestructura quien tiene un convenio o mandato vigente y, por ende, hace o tiene derecho a hacer uso efectivo de dichas instalaciones. Esto demuestra que la intención del legislador, plasmada en el Reglamento, fue que la contraprestación que resulte de la aplicación de la Metodología sea calculada y pagada considerando los “arrendatarios” actuales y no los potenciales.
56. Por su parte, los factores “f” y “m” de la Metodología únicamente son definidos como un porcentaje de los costos de operación y mantenimiento, y de inversión (montaje) que deben ser asumidos por quienes tienen derecho al acceso y uso de la infraestructura. La Metodología no establece el sustento de la determinación de dichos porcentajes ni los afecta con un factor de capacidad, sino que únicamente los establece como fijos y predeterminados sin hacer referencia a que corresponden a uno, dos, tres o más arrendatarios.
57. Así, conforme puede evidenciarse de la fórmula incluida en la Metodología, esta establece *a priori* el conjunto de los costos que debe asumir quienes acceden a la infraestructura, incluyendo un componente tributario (Imp), un componente de fracción de costos de inversión y de O&M (OMc), un componente de utilidad razonable ($1+i_m$) y un componente de factor de utilización ($B=1/N_a$). Así, el propio diseño de la norma cumple con no imponer a los “arrendatarios” los

costos asociados a todo el espacio disponible en las instalaciones de las empresas eléctricas, sino únicamente le asigna una fracción del mismo reflejado en los porcentajes predeterminados de los factores “f” y “m” que, en la fórmula no están asociados a un número determinado de arrendatarios. Por el contrario, la Metodología recoge este aspecto al considerar también un factor de utilización que otorga un beneficio adicional a los “arrendatarios” al disminuir costos a ser asumidos de forma individual cuando nuevos “arrendatarios” accedan a la infraestructura.

58. Debemos ser enfáticos en señalar que esta interpretación de la Metodología es la que sirvió de marco de referencia para la suscripción del Contrato, y la que sirvió como base de cálculo de la RM aplicable, conforme fue de conocimiento de AZTECA quien, como hemos demostrado, tuvo en todo momento acceso al detalle de costos y hojas de cálculo utilizadas para la definición de la RM aplicable al Contrato.
59. Lo antes indicado, además, se confirma de la posición asumida por AZTECA frente a los proyectos de modificación de la Metodología publicados por el MTC. Efectivamente, AZTECA remitió al MTC la Carta DJ-121/17 el 23 de enero de 2017 (Anexo N° 1) en la cual, como podrá verificar el OSIPTEL, dicha empresa señala que el MTC debe comprender también en una eventual modificación de la Metodología *“un aspecto regulatorio de la Fórmula (...) que consideramos debe ser revisado por el MTC”*.
60. En dicha carta, AZTECA añade que se refiere *“al hecho que la Fórmula considera como uno de los valores de cálculo para la definición del precio tope a pagar por compartición de infraestructura un Factor de Distribución de Costos que es **asumido sólo por los arrendatarios de tal infraestructura** (variable “B” de la Fórmula)”*. Luego detalla que *“Tales costos son cero (0) mientras no existan compartición, pero basta que un (1) sólo operador arriende dicha infraestructura para que éste asuma la totalidad del mencionado Factor de Distribución de Costos, siendo que el mismo será prorrateado y disminuirá para el operador inicial, sólo en caso más operadores de telecomunicaciones accedan a la referida infraestructura”*.
61. Seguidamente AZTECA detalla al MTC las razones por las que considera que dicho extremo de la Metodología debe modificarse pues, a su criterio, es contraria a lo dispuesto en la Ley de Banda Ancha. Finalmente, AZTECA solicita

al MTC ampliar su proyecto de modificación de la Metodología “de modo que la mencionada variable “B” sea modificada”.

62. Nuestra empresa considera que la Carta DJ-121/17, sumado a lo señalado en la sección b) del presente escrito respecto a los actos propios y conductas de AZTECA, es una evidencia contundente de que no sólo las empresas eléctricas como ENSA, sino que la propia AZTECA asumió como la (correcta) interpretación de la Metodología que esta incluye un factor de utilización, como es el caso del factor “B”, el cual debe ser aplicado considerando el número de “arrendatarios” existentes en las instalaciones. Así, la conducta de AZTECA y sus afirmaciones en el sentido que ENSA le ha venido cobrando una RM superior a la establecida en la Metodología es un evidente acto de mala fe.
63. El 5 de agosto de 2017 se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03 que modificó el Anexo N° 1 del Reglamento (la “RVM”). Dicha norma tuvo como alcances expresos el modificar los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología. Efectivamente, en los considerandos de la RVM se señala lo siguiente:

*“Que, se ha observado que aplicando la metodología vigente a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión, los valores resultantes de la contraprestación mensual se encuentran en todos los casos evaluados, por encima de los precios promedio del mercado, por lo que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones mediante Informe N° 292-2017-MTC/26 del 04 de agosto de 2017, **recomienda aprobar la modificación de los valores de las variables “m” y “f” para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión**, a fin de que la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado, dicha modificación normativa cuenta con la conformidad del Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones - FITEL y la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones”*
[Énfasis propio]

64. Esta versión modificada de la Metodología a la que denominaremos en adelante la “Nueva Metodología” quedó establecida, por tanto, en los siguientes términos:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión

OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

<i>Cálculo de OMs</i>	<i>Tipo de línea eléctrica</i>
$OMs = \frac{l}{12} \times BT$	<i>Baja Tensión</i>
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	<i>Media Tensión y/o Alta Tensión</i>

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m= 77%. Para Baja Tensión y 84.3 para Media y Alta Tensión

Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros

l= 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión

65. Como puede observarse, la RVM recoge la recomendación del Informe N° 292-2017-MTC/26 en el sentido de modificar los porcentajes aplicables para definir las variables "m" y "f" de la Metodología, sin introducir un factor de capacidad que los afecte ni hacer referencia alguna al factor "Na". En concordancia con ello, la Metodología modificada conforme a la RVM nuevamente señala que para calcular la contraprestación mensual por uso se considerará un factor "B", que es

un factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios el cual sigue siendo definido como:

$$B = 1/N_a$$

Donde N_a : número de arrendatarios

66. Debe considerarse que, ni antes de la publicación de la RVM, ni después de la misma, la Metodología ha incluido disposiciones relativas a un número mínimo de arrendatarios que deba considerarse para definir el factor “ N_a ” y menos aún que este se refiera el número máximo de arrendatarios de la infraestructura. Ello pues, nuevamente, es claro que dicho factor corresponde al número de arrendatarios existentes en la infraestructura en particular que es materia de compartición en la fecha en que dicha compartición es solicitada y durante la vigencia de la misma para efectos del cálculo de la RM correspondiente.
67. Es importante mencionar que, si bien la RVM tiene como antecedente el Informe N° 292-2017-MTC/26, este informe no forma parte de la norma y, por ende, no es parte de la Metodología. Sin perjuicio de ello, el contenido de dicho informe no contradice el hecho que el factor “ B ” deba aplicarse conforme a la interpretación que ENSA sostiene por las razones ya expuestas.
68. En tal sentido, es claro que la RVM no modificó el factor “ N_a ” aplicable a la Metodología, ni tampoco estableció nuevas condiciones, parámetros o interpretaciones para su aplicación, limitándose a definir nuevos porcentajes para las variables “ m ” y “ f ”. La razón por la que es lógico que los porcentajes de las variables “ m ” y “ f ” no estén afectados por un factor de capacidad es que, el *cost driver* (direccionador o generador de costos por la compartición) de la compartición no es sólo el espacio que ocupa un “arrendatario” en las instalaciones, sino que también existen otros factores que determinan el costo de la compartición que se generan desde que el primer arrendatario accede a las instalaciones.
69. Sobre este último punto, al regular la metodología para el uso y acceso, el MTC (quien reiteramos es la autoridad competente y no el OSIPTEL) aplica criterios que necesariamente tienen algún grado de arbitrariedad para establecer cuál es el *cost driver* que funciona como enlace entre los costos del titular de las

instalaciones y una actividad específica (en este caso la compartición)¹⁸. Una actividad tiene asociados más de un *cost driver*.

70. Las empresas eléctricas, propietarias y operadoras de las instalaciones de transmisión de electricidad, tenemos una legítima preocupación por la seguridad confiabilidad e integridad de las líneas que permiten la operación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. Entendemos que AZTECA, tiene interés en un rápido despliegue de sus redes y en el mantenimiento de sus cables, equipos electrónicos y demás, y además quiere el mejor servicio de compartición al precio más bajo por parte de las empresas eléctricas. Sin embargo, AZTECA no podrá discutir que aquellos costos asociados a la disponibilidad de nuestra infraestructura de transmisión que no están asociados al espacio ocupado por un “arrendatario” deben necesariamente ser asumidos por todos los que se benefician de la disponibilidad de la infraestructura compartida, es decir, por la empresa eléctrica y quienes, en un momento determinado, la están utilizando para brindar servicios de telecomunicaciones como “arrendatarios”.
71. OSIPTEL debe reconocer, como lo hace la Metodología, que el espacio ocupado del espacio disponible en un poste no puede ser el único *cost driver* para definir costos de operación y mantenimiento¹⁹. Por el contrario, es un *cost driver* idóneo para definir qué costos de adecuación (inversión en la infraestructura) debe asumir un “arrendatario”, pues no debería asumir inversiones por un espacio mayor al que requiere²⁰.
72. Al respecto, si bien el artículo 33 de la Resolución N° 020-2008-CD/OSIPTEL y el artículo 34 del Reglamento de la Ley de Compartición no resultan aplicables al Contrato, lo cierto es que la Metodología **SI CUMPLE** con lo dispuesto en dichas normas en la medida que define la RM considerando únicamente un porcentaje

¹⁸ Las “tarifas orientadas costos”, como es el caso de la Metodología, son aquellas basadas en los costos reales o teóricos de proveer un servicio más un retorno razonable por inversión (costo del capital). Esta orientación a costos lleva implícita la posibilidad de determinar los costos de brindar un servicio de modo tal que los costos se pueden asignar a un servicio en particular. Esto se logra a través de un sistema de asignación de costos que relacione inversiones y costos operativos expresados en “cost drivers”.

¹⁹ A modo de ejemplo, considerar las actividades de mantenimiento predictivo (inspecciones ligeras, inspecciones minuciosas, termografía, etc.) y preventivo (verticalización de postes, reemplazo de retenidas, reemplazo de postes, etc.), además del costo que significa un mantenimiento correctivo (ej. vehículo que impacta afecta un poste). Se trata de actividades no asociadas al espacio ocupado que benefician directamente a AZTECA.

²⁰ Sin embargo, la Ley de Banda Ancha y su reglamento son claros en que dichos costos de adecuación deben ser asumidos en un 100% por el primer “arrendatario” cuestión que AZTECA no cuestiona, aunque, bajo su línea argumentativa, también sería contraria a los regímenes de la Ley de Compartición y Ley de Proveedores Importantes. Esto demuestra nuevamente la diferencia que hay entre dichos regímenes de compartición y el de la Ley de Banda Ancha

de los costos de O&M en razón tanto a los costos del espacio disponible para compartición (factor "f"), como a los costos de las torres o postes sin compartición (factor "OMs")²¹. Sin embargo, AZTECA pretende que todo ello se divida, arbitrariamente, además entre tres.

73. Por último, y sin perjuicio de todo lo previamente señalado, OSIPTEL debe considerar que las obligaciones de acceso no pueden ser impuestas sin respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, la imposición de este tipo de obligaciones debe considerar la naturaleza del problema identificado, ser proporcionales, y estar justificadas conforme a los objetivos de política general.
74. Así, en caso OSIPTEL establezca que AZTECA únicamente debe asumir una fracción de la RM establecida conforme a la Metodología por considerar que luego esta será pagada por futuros "arrendatarios", deberá necesariamente tomar en cuenta el probable limitado desarrollo del "mercado de compartición" considerando que AZTECA presta servicios portadores que son una alternativa al tendido de nuevas redes en las instalaciones de ENSA. Por ello, no resulta razonable que nuestra empresa asuma dicho riesgo, cuando AZTECA es la única directamente beneficiada por cualquier reducción de la RM, conforme se ha desarrollado ampliamente en el presente escrito.
75. Así, el factor "B" que configura un beneficio para AZTECA, al reducir sus costos de compartición en la medida existan más "arrendatarios" de la infraestructura de ENSA, no puede convertirse, a través de una forzada interpretación en un instrumento para trasladar el riesgo de mercado de AZTECA a ENSA.
76. Solicitamos al OSIPTEL prevenir el abuso del derecho de acceso por parte de AZTECA al admitir un exceso que busca aprovecharse de las inversiones de ENSA.

f) Sobre el análisis económico efectuado por AZTECA

77. AZTECA sostiene en el presente procedimiento que la Metodología siempre asignó al factor "Na" el valor de 3 desde la emisión del Reglamento de Banda Ancha. Tal como hemos sustentado ampliamente, esto CARECE DE BASE

²¹ Así, al asignar los costos asociados a la compartición pueden considerarse varios *cost drivers*, como es el caso del espacio físico ocupado o el número de cables. Cuando la autoridad decide utilizar el espacio disponible, esto naturalmente genera mayores costos iniciales, pero costos promedio decrecientes en la medida que la cantidad de arrendatarios crece.

LEGAL pues la Metodología no señala lo afirmado por AZTECA. Asimismo, la Metodología tampoco establece que exista una interrelación entre el factor "Na" y el factor "f".

78. Sin perjuicio de ello, nuevamente la argumentación de AZTECA desconoce los costos fijos asociados a la compartición los cuales deben ser asumidos por quienes acceden a la infraestructura respectiva. Así, la argumentación de AZTECA se basa en el concepto de "costo incremental adicional" asociado al acceso por parte de un operador de telecomunicaciones el cual, según AZTECA, ha sido predeterminado en la Metodología como 6.1% (que sería un "costo incremental adicional individual") sobre la base, no de lo establecido en la norma, sino en el informe técnico que sustenta la RVM.
79. Al respecto, y en la misma línea de lo ya señalado, debemos indicar que la interpretación de AZTECA no reconoce la totalidad de los costos relacionados a la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida. En efecto, el criterio de espacio máximo disponible desconoce que en el incremento indivisible y discreto de las redes existen economías de ámbito derivados de costo comunes (aprovechamiento de un mismo activo disponible) entre el servicio de transmisión/distribución y el servicio de telecomunicaciones. Los costos de operación y mantenimiento tienen un alto componente fijo que debe ser financiado por quienes acceden a la infraestructura.
80. Por ello, si existe un solo arrendatario efectivo y este sólo cubre su costo incremental individual ENSA no cubriría parte del componente de costo fijo del OPEX incremental total, como indicamos previamente.

g) ¿Está en riesgo la continuidad del Proyecto de la RDNFO?

81. Finalmente, debemos rechazar toda afirmación de AZTECA referida a que la aplicación de la Metodología conforme a lo pactado en el Contrato genera un riesgo a la continuidad del Proyecto de la RDNFO. Tal como indicamos, el Contrato de Concesión garantiza a AZTECA los recursos necesarios para la ejecución del Proyecto de la RDNFO.
82. No obstante, como hemos señalado AZTECA pretende revestir su solicitud bajo el manto de la necesidad pública e interés nacional, así como la falta de

cumplimiento de la regulación vigente por parte de ENSA, no obstante, es importante subrayar que:

a. En ningún momento ENSA ha insinuado o pretendido incumplir con la normativa vigente, todo lo contrario, ha utilizado los mecanismos previstos en la misma a efectos de poder dar una aplicación adecuada a la regulación, solicitando a OSIPTEL su pronunciamiento sobre la RVM a través de una reclamación ENSA ha puesto en riesgo el acceso o la continuidad del servicio prestado a favor de AZTECA en virtud del Contrato que, hasta la fecha de inicio de la presente solicitud, han venido ejecutándose de manera regular y pacífica conforme al principio de buena fe y común intención de las partes que debe regir a todas las relaciones contractuales²².

83. Sin perjuicio de ello, de modo alguno, bajo el pretexto de proteger la continuidad de dicho proyecto, se puede admitir que AZTECA incumpla las obligaciones asumidas libremente conforme al Contrato. Por el contrario, tal como la Ley de Banda Ancha establece, el uso y acceso a las instalaciones se otorgará a AZTECA conforme al contrato que las partes suscriban para dicho efecto conforme a las normas vigentes, el cual es obligatorio y, su incumplimiento, legítimamente, habilitaría a ENSA a resolverlo, al amparo del Derecho aplicable. Nuevamente, admitir lo contrario, sería un claro abuso del derecho de acceso por parte de AZTECA.

POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo del OSIPTEL, tener por absuelto el requerimiento relativo a la posición de ENSA respecto a la solicitud de emisión de mandato de compartición efectuada por AZTECA.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que adjuntamos en calidad de anexos los siguientes documentos:

- Anexo 1 : Copia de la Carta DJ-121/17 el 23 de enero de 2017 remitida por AZTECA al MTC.
- Anexo 2 : Disco Compacto con la información solicitada a ENSA mediante Carta C.00034-GPRC/2018.

²² Artículo 1362° del Código Civil.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, sin perjuicio de haber cumplido con absolver el requerimiento del OSIPTEL, a través del presente escrito, ENSA solicita que el Consejo Directivo declare **IMPROCEDENTES** o, de forma subordinada **ORDENE LA SUSPENSION** de la solicitud presentada por AZTECA sobre la base de las siguientes consideraciones:

El OSIPTEL es incompetente para emitir un mandato de compartición en el presente caso toda vez que, tanto los hechos como el Derecho vienen siendo tergiversados y manipulados a efectos de dar una apariencia falaz de la situación que se ha suscitado entre las partes, pretendiendo presentar la cuestión como un asunto cumplimiento de la ley y el marco regulatorio, cuando en realidad, el asunto se circunscribe a consecuencias jurídicas de relaciones privadas entre las partes.

En tal sentido, en la medida que el supuesto de hecho para la emisión de un mandato no se ha verificado, el Consejo Directivo mal podría pronunciarse al respecto y emitir una decisión que no se ajusta a Derecho. A continuación, desarrollamos los argumentos que respaldan nuestra posición:

La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 ("Ley N° 27332"), define en su artículo 3° relativo a las funciones de los organismos reguladores, la "función normativa", la misma que comprende, entre otras, la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Cabe indicar que la Ley N° 27332, señala expresamente que, tanto la función normativa como las demás funciones reconocidas a los organismos reguladores se ejercen en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias. Lo anterior, es congruente con el principio de legalidad contenido en el numeral 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, ("Ley N° 27444") el mismo que prescribe que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén tribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Por su parte la Ley de desarrollo de las funciones y facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, define y delimita las facultades de OSIPTEL para supervisar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que presten servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a sus competencias. Nuevamente, la Ley N°

27336, establece los límites bajo los cuales OSIPTEL puede ejercer estas funciones, esto es, dentro de los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

Asimismo, respecto al marco general que delimita las competencias de OSIPTEL el Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, define una serie de principios que establecen los límites y lineamientos a la acción del OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. Así pues, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos del OSIPTEL deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos²³.

En el presente caso, además del marco general al que nos encontramos adscritos y que establece la competencia de OSIPTEL, es necesario agregar lo prescrito expresamente por la Ley de Banda Ancha en su artículo 13°, el cual establece que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica 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, siendo OSIPTEL el encargado de la supervisión pudiendo dictar las normas específicas que sean necesarias.

Al respecto, la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley de Banda Ancha, los cuales se tramitarán observando las etapas y plazos procedimentales previstos en los artículos 27, 28 y 51 en lo que corresponda de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Proveedores Importantes, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL. El mencionado procedimiento no establece disposiciones adicionales respecto al supuesto de hecho en el cual deban dictarse mandatos de compartición, en consecuencia, debemos concluir que la participación de OSIPTEL, la misma que debe guiarse por los principios

²³ Decreto Supremo N° 008-2001-PCM – Reglamento General de OSIPTEL:

“Artículo 4.- Principio de Neutralidad

El OSIPTEL velará por la neutralidad de la operación de las empresas bajo su ámbito de competencia, cuidando que éstas no utilicen su condición de tales, directa o indirectamente, para obtener ventajas frente a otras empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o frente a usuarios, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley. No obstante, ello, el OSIPTEL deberá cuidar que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión innovación o por precios.

Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.

Artículo 14.- Principio de Eficiencia y Efectividad

La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto.”

detallados en su Reglamento, debe restringirse a las situaciones en las que los mecanismos del mercado no hayan satisfecho los objetivos pretendidos privilegiando la autonomía privada y cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión innovación o por precios.

El artículo 24° y siguientes del Reglamento de la Ley de Banda Ancha dispone el procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica, señalado expresamente que, en caso de falta de acuerdo entre las partes en un plazo determinado, a saber, treinta (30) días hábiles, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición. Es importante resaltar que en el presente artículo subyace el Principio de Subsidiariedad que debe regir en todas las actuaciones de OSIPTEL, esto es que la actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que alguno de los mecanismos del mercado, como son los contratos privados que reflejan el acuerdo de las partes, no hayan satisfecho los objetivos perseguidos.

Resulta muy importante recordar que el propio Principio de Subsidiariedad privilegia estos mecanismos del mercado a efectos de satisfacer los intereses de los particulares, puesto que establece que en caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.

Teniendo en consideración que las partes ya se encuentran vinculadas por un acuerdo privado, esto es el Contrato, OSIPTEL no tiene competencia para emitir un mandato de compartición. En el presente caso, AZTECA pretende presentar la controversia surgida entre las partes, como una de interés público, creando una ficción sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la regulación vigente y los contratos. Nada más lejos de la verdad.

AZTECA señala en el numeral 5.1.6 que por tratarse de una materia regulada no es posible que se recurra a los mecanismos contractuales de solución de controversias. Al respecto, cabe recordar que todos los contratos privado se suscriben en el marco de una serie de normas imperativas y/o de orden público que limitan su contenido. Sin embargo, ello no es limitante para que las partes discutan sus alcances ante un Tribunal Arbitral.

Resulta evidente en el presente caso es que AZTECA pretende eludir los mecanismos previstos en el Contrato a efectos de aplicar su interpretación de la regulación vigente.

En efecto, la finalidad perseguida por la obligación de acceso establecida en la Ley de se plasma en la celebración por parte de ENSA del Contrato, hecho que, a lo largo de la solicitud, AZTECA se esfuerza por soslayar. Señala que ENSA se muestra en desacuerdo con la modificación normativa introducida por la RVM y en consecuencia afecta al interés público y la necesidad nacional relativa declarada por la Ley de Banda Ancha, al no aplicar dicha modificación a la relación con AZTECA.

AZTECA pretende confundir al Consejo Directivo intentando que se pronuncie emitiendo un mandato de compartición pese a que el supuesto de hecho planteado excede las facultades otorgadas a OSIPTEL, tal y como lo hemos desarrollado en los párrafos anteriores, y no sólo por las normas con rango legal, sino por la propia Constitución Política del Perú, la misma que en su artículo 62° establece:

“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.

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.” (El subrayado es nuestro).

Cuando existen discrepancias en el marco de la relación contractual sólo en la vía judicial o arbitral se pueden solucionar estos conflictos. Conforme al mecanismo previsto en el propio Contrato, la vía idónea es un procedimiento arbitral y no un procedimiento administrativo para la emisión de un mandato de compartición.

Adicionalmente la interpretación divergente de una disposición legal o reglamentaria no equivale a su incumplimiento, tal y como AZTECA señala en su solicitud. Todo lo contrario, en atención los principios corporativos que regulan la conducta de ENSA, ésta ha utilizado los mecanismos previstos por la regulación vigente a efectos de poder aplicar de manera adecuada la RVM, cuyas consecuencias jurídicas son de aplicación general. Así, con ocasión de la emisión de la RVM, ENSA y las demás empresas del Grupo Distriluz solicitaron al OSIPTEL que nombre un cuerpo colegiado para que resuelva los siguientes petitorios:

- (a) De conformidad con lo establecido en literal b) del artículo 13.4 de la Ley de Banda Ancha; en el artículo 30.4 y en el Anexo N° 1 de su Reglamento; el Cuerpo Colegiado declare que el denominado factor “Na” incluido en la Metodología no ha sido ni puede ser modificado por resolución viceministerial.

- (b) En calidad de pretensión accesorio a nuestra pretensión principal, solicitamos que, de conformidad con lo establecido en el Anexo N° 1 del Reglamento, y el artículo único de la RVM, el Cuerpo Colegiado declare que el denominado factor “Na” de la Metodología es equivalente al número de arrendatarios reales de la infraestructura eléctrica materia de compartición.

La presente controversia ha sido iniciada por ENSA toda vez que existen interpretaciones contrapuestas sobre los alcances de la RVM entre ésta y AZTECA que se producen en el marco de la ejecución del Contrato. Así pues, resultaría contrario a los objetivos de y principios que regulan las actuaciones de OSIPTEL, que dos órganos del mismo se avoquen a la solución de cuestiones que se encuentran íntimamente vinculadas en el fondo, toda vez que la intención de AZTECA al solicitar un mandato de compartición ante su despacho, se origina en la interpretación de la RVM que ha demostrado en la ejecución del Contrato.

Por lo antedicho, consideramos pertinente **SOLICITAR AL CONSEJO DIRECTIVO DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de AZTECA o, subordinadamente **SUSPENDER** el presente procedimiento hasta que el Cuerpo Colegiado se pronuncie sobre el fondo de la reclamación tramitada bajo Expediente N°008-2017-CCO-ST/CI.

TERCER OTROSI DECIMOS: Que, a la luz de los argumentos desarrollados en el presente escrito solicitamos se tenga en consideración la conducta procedimental de AZTECA en el sentido de efectuar una denuncia maliciosa al solicitar la imposición de una sanción a ENSA, quien se ha ceñido en todo momento a la legalidad y al ejercicio regular de sus derechos.

Conforme lo hemos señalado, ENSA ha pactado válidamente y de buena fe, según las normas vigentes al momento de la suscripción del Contrato, las obligaciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica de la que es titular. En ninguna sección del Contrato las partes se pronuncian, y tampoco podrían hacerlo²⁴, sobre la posibilidad de inaplicar normas de carácter general²⁵.

²⁴ Título preliminar del Código Civil:

“Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

²⁵ Constitución Política del Perú 1993:

“Artículo 103.- “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos

Al respecto, solicitamos que se tenga en consideración lo prescrito por los artículos 102° y 103° del Reglamento de OSIPTEL, los cuales desarrollan las sanciones en caso de presentación de una denuncia maliciosa relativa a la comisión de infracción por parte de ENSA²⁶.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, sin perjuicio de todos los argumentos descritos en el presente escrito; y en el supuesto negado que el Consejo Directivo considerara que corresponde admitir a trámite la solicitud efectuada por AZTECA, cumplimos con adjuntar la información requerida referida al listado de la infraestructura eléctrica cuyo acceso y uso ENSA ha otorgado a AZTECA.

QUINTO OTROSI DECIMOS: Que el artículo 158° del TUO de la LPAG establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

Al respecto, debemos indicar que ENSA forma parte de Grupo Distriluz, que incluye también a las empresas HIDRANDINA S.A., ELECTRONOROSTE S.A y ELECTROCENTRO S.A. Cada una de las empresas mencionadas suscribió contratos de compartición de infraestructura con AZTECA, los mismos que tiene el mismo objeto, siendo este el de establecer las condiciones de acceso para el uso de infraestructura de soporte eléctrico de la empresa eléctrica para el tendido de cable de fibra óptica por parte de AZTECA, así como la retribución mensual que esta última deberá abonar a la empresa eléctrica. Justamente, la pretensión de AZTECA es la misma, la cual consiste en modificar dicho contrato de compartición basado un grave error de interpretación.

retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho" (El subrayado es nuestro)

²⁶ Decreto Supremo 008-2001-PCM – Reglamento General de OSIPTEL:

"Artículo 103.- Sanciones a la Presentación de Información Falsa
Quien proporcione a un órgano del OSIPTEL información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro registro o documento que haya sido requerido por el órgano funcional o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones del órgano funcional, incurrirá en infracción muy grave, sin perjuicio de la responsabilidad legal que corresponda." (El subrayado es nuestro)

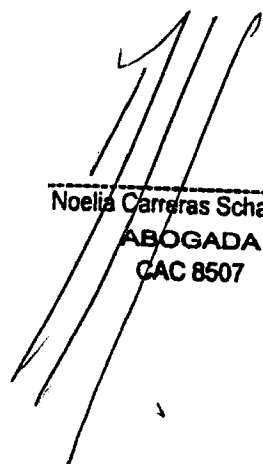
Artículo 104.- Denuncias maliciosas
Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada."

Considerando que OSIPTEL ha notificado a cada una de las empresas antes referidas solicitudes de emisión de mandato de compartición de infraestructura iniciadas por AZTECA, y siendo que, se trata de asuntos que guardan conexión por ser los textos de los respectivos contratos similares y tener el mismo fundamento jurídico tanto en la solicitud de AZTECA como en la oposición de Grupo Distriluz, por corresponder a nuestro derecho solicitamos al Consejo Directivo la emisión de una resolución que disponga la acumulación de los procedimientos en trámite de las empresas correspondientes a los Expedientes N° 00018-2017-CD-GPRC/MC; N° 00017-CD-GPRC/MC; N° 00015-2017-CD-GPRC/MC; y, N° 00016-2017-CD-GPRC/MC.

El propósito de dicha acumulación es preservar el principio de celeridad contemplado en el TUO de la LPAG, permitiendo así el trámite de un solo expediente y que las conclusiones del procedimiento se produzcan en un solo acto administrativo.

SEXTO OTROSI DECIMOS: Que, en adecuado ejercicio de nuestro derecho de defensa, nos reservamos la posibilidad de ampliar los argumentos de hecho y Derecho materia del presente escrito.

Lima, 31 de enero de 2018.



Noelia Carreras Schabauer
ABOGADA
CAC 8507

ANEXO 1



Av. 28 de Julio 1011, Piso 5,
Urbanización San Antonio, Miraflores, Lima Perú
Teléfono: (511) 615 0555

COPIA

DJ-121/17
Lima, 23 de enero de 2017

MRO. BELÉN GARCÍA
E. 01/01/2017
24 ENE. 2017
HORA 19:46
FIRMA

Señores
Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales
Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Presente.-

At.: Ing. Manuel Muñoz
Director General

Ref.: Proyecto de modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura de las concesionarias eléctricas y de hidrocarburos Resolución Ministerial No. 215-2015-MTC/03 del 9 de julio de 2015

Estimados señores:

Es objeto de la presente referimos al proyecto de modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura de las concesionarias eléctricas y de hidrocarburos, cuyo pago se encuentra a cargo de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones de banda ancha (la "Fórmula"), contenida en el anexo I del Reglamento de la Ley No. 29904, aprobado por Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (el "Reglamento"), el mismo que fuera publicado mediante Resolución Ministerial No. 215-2015-MTC/03 del 9 de julio de 2015 (el "Proyecto de Modificación").

Al respecto, en adición a los comentarios presentados en su oportunidad por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. ("Azteca Perú"), mediante Carta No. DJ-1350/15 del 21 de julio de 2015 y con motivo de la publicación por parte del Organismo Regulador de Inversión Privada en Telecomunicaciones ("OSIPTEL") del proyecto normativo de fijación de retribuciones para las facilidades complementarias al servicio portador de la RDNFO, en la modalidad de arrendamiento de puntos de apoyo en postes (compartición de infraestructura), aprobado por Resolución de No. 157-2016-CD/OSIPTEL¹, aprovechamos la oportunidad para llamar vuestra atención sobre un aspecto regulatorio de la Fórmula que no se encuentra comprendido en el alcance del Proyecto de Modificación, pero que consideramos debe ser revisado por el MTC, en la medida que genera ineficiencias y perjudica a los operadores de telecomunicaciones que requieren compartir infraestructura para proveer servicios de banda ancha.

En particular nos referimos al hecho que la Fórmula considera como uno de los valores de cálculo para la definición del precio tope a pagar por compartición de infraestructura,

¹ Acompañado del Informe No. 00405-GPRC/2016.





un "Factor de Distribución de Costos" que es asumido sólo por los arrendatarios de tal infraestructura (variable "B" de la Fórmula)². Tales costos son cero (0) mientras no exista compartición de infraestructura, pero basta que un (1) sólo operador arriende dicha infraestructura para que éste asuma la totalidad del mencionado Factor de Distribución de Costos, siendo que el mismo será prorrateado y disminuirá para el operador inicial, sólo en caso más operadores de telecomunicaciones accedan a la referida infraestructura.

Consideramos respetuosamente que ello resulta incongruente con lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento, que define que el operador dorsal; es decir, Azteca Perú, financiará los costos incrementales en los que incurran los concesionarios eléctricos o de hidrocarburos en la compartición de infraestructura. Dicho reconocimiento de costos incrementales incluye variables de inversión como de operación y mantenimiento, considerando también mecanismos que reflejen costos eficientes y condiciones reales de mercado y de obra.

Es decir, si tomamos en cuenta que al aplicar la Fórmula el costo adicional reconocido a favor del titular de la infraestructura es el mismo, sean uno (1) o muchos quienes utilizan dicha infraestructura, no se estaría cumpliendo la prerrogativa de que las contraprestaciones periódicas remuneren la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida en base a la teoría de costos incrementales.

Esta metodología, además de ser contraria a la normatividad aplicable y al espíritu de la propia Ley No. 29904, se contrapone a la lógica que dicta que el costo por mantenimiento que debe brindarse a la infraestructura utilizada por un sólo operador, es razonablemente menor al costo por mantenimiento de la infraestructura empleada por más operadores. Similar situación se presenta en relación a los costos administrativos que pudiesen verse involucrados, y cualquier otra variable que busque reconocer el esfuerzo adicional que el titular debe desarrollar para el mantenimiento y operación de su infraestructura, debido a la presencia de equipamiento de terceros en la misma.

De forma correcta y alineada al marco legal vigente, así como con los incentivos del propio Estado peruano, OSIPTEL, en el marco del procedimiento regulatorio de fijación de las retribuciones por acceso a facilidades complementarias de la RDNFO, ha reconocido esta problemática y la necesidad de corrección de la Fórmula.

² $RM = Imp + OMc \times B (1+i_m)$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiera)

Om: Costo OPEX adicional a la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios

$B = 1/N_a$

Donde N_a : número de arrendatarios

i_m : Tasa de retomo mensualizada o margen de utilidad razonable.



Así, al momento de publicar el proyecto normativo de fijación de retribuciones para las facilidades complementarias al servicio portador de la RDNFO, en la modalidad de arrendamiento de puntos de apoyo en postes (compartición de infraestructura) antes mencionado, OSIPTEL ha señalado que el valor de la retribución por compartición de postes de la RDNFO fue calculado en base a la Fórmula, pues, a decir del regulador, esta contraprestación debe estar basada en los costos derivados del uso de los elementos y facilidades adicionales que resulten necesario para proveer el servicio, sin considerar los costos incurridos por el uso de elementos o facilidades derivados de la prestación del servicio portador.

No obstante, consciente que al aplicar la Fórmula tal como viene siendo aplicada por las empresas eléctricas y/o de hidrocarburos se generaban los efectos gravosos y no deseados descritos en los párrafos precedentes (que el primer arrendatario deba asumir el mantenimiento y costos administrativos totales vinculados a toda la capacidad del poste arrendado, sin importar el costo directamente imputable al espacio contratado dentro del mismo), OSIPTEL decidió incluir asunciones que importan una contraprestación equitativa, basada en el reconocimiento de costos incrementales, tal como ha sido previsto en el artículo 20 del Reglamento.

En esa línea, la contraprestación propuesta por OSIPTEL por compartición de postes de la RDNFO, calculada en virtud de la Fórmula, asciende a US\$0.14 por cada punto de apoyo. Para obtener este valor, OSIPTEL validó que los postes de la RDNFO cuentan con cuatro (4) puntos de apoyo, y asumió que todos vienen siendo arrendados. En otras palabras, OSIPTEL ha reemplazado la variable "Na" (número de arrendatarios) que forma parte de la variable "B" (Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios) de la Fórmula, por el valor de cuatro (4), correspondiente a igual número de arrendatarios, con lo cual se asegura que cada arrendatario asuma los costos adicionales por mantenimiento que le importan al titular de la infraestructura por el arrendamiento de un punto de apoyo (no de toda su infraestructura), asegurando de esa manera el cumplimiento de la disposición reglamentaria de reconocimiento de costos incrementales.

Como se observa, la solución planteada por OSIPTEL sí observa las previsiones planteadas por el marco regulatorio que sustentó la elaboración de la Fórmula. Situación similar debe ser recogida en el marco de las relaciones de compartición entre empresas eléctricas y de hidrocarburos, y los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones; razón por la cual solicitamos que el MTC amplíe el Proyecto de Modificación, de modo que la mencionada variable "B" sea modificada y se cumpla la disposición normativa de reconocimiento de costos incrementales y, de ese modo, los operadores de telecomunicaciones, arrendatarios de la infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos, cubran únicamente los costos adicionales que le importa a la empresa





eléctrica al arrendar la infraestructura efectivamente utilizada por cada uno de sus arrendatarios.

Dicho lo anterior y en aplicación de las políticas públicas contenidas en la normatividad vigente, que tienen como finalidad impulsar la masificación y consolidación de los servicios de banda ancha a nivel nacional, respetuosamente solicitamos a su despacho que se sirva agilizar el procedimiento de aprobación del Proyecto de Modificación, de acuerdo a lo señalado en la presente comunicación, con el propósito de promover la expansión de los servicios de banda ancha en el país, asegurando la coherencia de las medidas regulatorias emitidas por el Estado peruano, y evitando el perjuicio que la aplicación de la Fórmula vigente conlleva para los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, al encontrarse pagando contraprestaciones exorbitantes por la utilización de infraestructura de terceros, necesaria para la provisión de sus servicios de interés social.

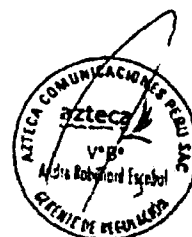
Sin otro particular por el momento, nos despedimos de ustedes.

Muy atentamente,

José Montes de Peralta
Director Jurídico

c.c.: *Sr. Carlos Valdez*
Viceministro de Comunicaciones

Dra. Eugenia Mariño
Director General de Concesiones en Comunicaciones



ANEXO 2