

	DOCUMENTO	Nº 00072- GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 86

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. CON EL PROYECTO ESPECIAL OLMOS TINAJONES.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE Nº 00012-2017-CD-GPRC/MC
FECHA	:	15 DE MARZO DE 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis Salazar
	Especialista en Interconexión	María Ochoa La Torre
REVISADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	José Romero
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Tatiana Piccini Antón

	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 86

1. OBJETO.

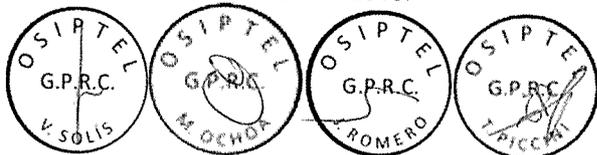
El objeto del presente informe es evaluar la solicitud de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA PERÚ) a fin de que el OSIPTEL emita un Mandato de Compartición de Infraestructura con el Proyecto Especial Olmos Tinajones (en adelante, PEOT) que modifique las condiciones económicas del contrato de acceso y uso de infraestructura eléctrica suscrito entre ambas partes el 29 de abril de 2016.

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 El artículo 3° de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la Ley de Banda Ancha)¹ declaró de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia, estableciéndose mediante su artículo 8°, que la entidad encargada de conducir el proceso de concesión será la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC² se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en el que se establecen los principios, reglas y disposiciones complementarias para la aplicación de la referida Ley.
- 2.2 El artículo 13° de la Ley de Banda Ancha, establece que 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.
- 2.3 El Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y PEOT el 29 de abril de 2016.
- 2.4 Mediante carta DJ-1261/17, recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a PEOT adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica" (en adelante, el Contrato), al precio máximo señalado en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
- 2.5 Mediante carta DJ-1359/17 recibida el 14 de setiembre de 2017, AZTECA PERÚ reiteró a PEOT la adecuación de la contraprestación solicitada mediante carta

¹ Vigente desde julio del año 2012.

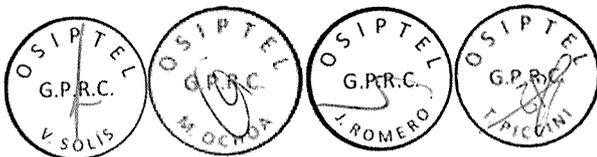
² Emitido en noviembre del año 2013.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 86

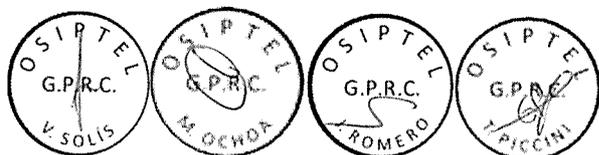
DJ-1261/17 y procedió a devolver la factura emitida por el PEOT correspondiente al mes de agosto de 2017.

- 2.6 Mediante Oficio N° 956-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 14 de setiembre de 2017, PEOT reconoce que han actualizado los valores de las variables "f" y "m" de la Metodología definida en el Anexo I del Reglamento
- 2.7 Mediante Oficio N° 1017-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 29 de setiembre de 2017, PEOT señala que el contrato recoge una tarifa calculada y aceptada por las partes utilizando la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley, lo cual no puede ser desconocido unilateralmente. Asimismo, indica que la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 sólo modificó los valores de las variables "f" y "m" y no el "Na", entre otros aspectos.
- 2.8 Mediante cartas DJ-1533/17 y DJ-1592/17 recibidas el 11 y 23 de octubre de 2017, AZTECA PERÚ reiteró a PEOT la adecuación de la contraprestación solicitada mediante carta DJ-1261/17.
- 2.9 Mediante Oficio N° 1160-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 26 de octubre de 2017, PEOT señala que al no existir mandato legal alguno que modifique los valores B, de Na ni expresión alguna que determine una nueva manera de cálculo del factor B y considerando lo establecido en la cláusula décimo quinta del contrato sobre Ley aplicable y convenio arbitral, si AZTECA PERÚ considera que existe una controversia o discrepancia sobre la interpretación y aplicación del contrato deberá someter su solución al proceso arbitral correspondiente.
- 2.10 Mediante escrito recibido el 02 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura que modifique las condiciones relativas a la contraprestación periódica del Contrato celebrado con PEOT.
- 2.11 Mediante carta C.00624-GPRC/2017 recibida el 13 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a PEOT de la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ, a efectos de que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo solicitado.
- 2.12 Mediante Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 20 de noviembre de 2017, PEOT presentó su posición respecto de la solicitud de mandato de compartición de infraestructura formulada por AZTECA PERÚ.
- 2.13 Mediante carta C.00640-GPRC/2017 recibida el 22 de noviembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a AZTECA PERÚ de la posición expresada por PEOT en su Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG y le solicitó que presente comentarios respecto del mismo, en un plazo de cinco (5) días hábiles.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 86

- 2.14 Mediante escrito recibido el 29 de noviembre de 2017, AZTECA PERÚ presentó al OSIPTEL la absolución de la posición expresada por PEOT en su oficio recibido el 20 de noviembre de 2017.
- 2.15 Mediante carta C.00662-GPRC/2017 de fecha 01 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a PEOT del escrito presentado por AZTECA PERÚ el 29 de noviembre de 2017, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.
- 2.16 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 167-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 21 de diciembre de 2017, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura. La citada resolución fue notificada mediante carta C.00633-GCC/2017 el 27 de diciembre de 2017 a la empresa AZTECA PERÚ y mediante carta C.00634-GCC/2017 el 28 de diciembre de 2017 a PEOT.
- 2.17 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 25 de enero de 2018, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00012-2017-CD-GPRC/MC, entre AZTECA PERÚ y PEOT, el cual fue notificado a las partes el 30 enero y 01 de febrero de 2018, mediante las cartas C.00055-GCC/2018 y C.00054-GCC/2018 respectivamente.
- 2.18 Mediante carta DJ-358/18, recibida con fecha 16 de febrero de 2018, AZTECA PERÚ remite el Escrito N° 3 que contiene sus comentarios al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.
- 2.19 Mediante carta C.00132-GPRC/2018, recibida con fecha 22 de febrero de 2018, el OSIPTEL corre traslado a PEOT de los comentarios remitidos por AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura, mediante carta DJ-358/18, otorgándoseles un plazo de hasta siete (7) días hábiles para remitir los comentarios que consideren pertinentes.
- 2.20 Mediante Oficio 000271-2018-GR.LAMB/PEOT-GG, recibido con fecha 07 de marzo de 2018, PEOT remite sus comentarios respecto de los comentarios de AZTECA PERÚ al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura que le fueran comunicados mediante carta C.00132-GPRC/2018.
- 2.21 Mediante carta C.00158-GPRC/2018, recibida con fecha 07 de marzo de 2018, el OSIPTEL corre traslado a PEOT del Informe denominado *"Análisis económico sobre remuneraciones por acceso y uso de: Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de Macroconsult"*.
- 2.22 Mediante Carta C.00194-GPRC/2018, recibida con fecha 12 de marzo de 2018, el OSIPTEL corre traslado a AZTECA PERÚ del Oficio 000271-2018-



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 86

GR.LAMB/PEOT-GG de PEOT, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.

2.23 Mediante carta DJ-477/18, recibida con fecha 13 de marzo de 2018, AZTECA PERÚ remite el Escrito N° 4 que contiene comentarios adicionales respecto al Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura.

2.24 Mediante Carta C.00205-GPRC/2018, recibida con fecha 15 de marzo de 2018, el OSIPTEL corre traslado a PEOT de la comunicación DJ-477/18, para su conocimiento y los fines que considere pertinentes.

3. CUESTIONES A RESOLVER.

De la evaluación de la documentación remitida al OSIPTEL, y de conformidad con el marco normativo aplicable a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura, se considera necesario emitir pronunciamiento respecto de los siguientes aspectos:

- 3.1 Procedencia de la emisión del mandato de compartición de infraestructura.
- 3.2 Competencia del OSIPTEL para emitir el mandato de compartición solicitado.
- 3.3 Retribución por el uso de la infraestructura eléctrica.
- 3.4 El riesgo para la Red Dorsal ante la falta de acuerdo.
- 3.5 Sobre la comisión de una infracción por parte de PEOT.

4. EVALUACIÓN Y ANÁLISIS.

4.1 PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DEL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA.

4.1.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE COMPARTICIÓN Y LA EMISIÓN DE MANDATOS DE COMPARTICIÓN.

El artículo 3, numeral (ii), de la Ley N° 29904, declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, entre otra infraestructura, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.

Por su parte, el artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904, determina que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar 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. Asimismo, dispone que la metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones se establece en el Reglamento de la Ley N° 29904.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 86

Por su parte, el artículo 32 de la Ley N° 29904, establece que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del precitado artículo 13, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

En esa línea, el Reglamento de la Ley N° 29904 determina en su artículo 25 el procedimiento que se debe seguir para concretar la compartición de infraestructura en el marco de la Ley N° 29904, en los siguientes términos:

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

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

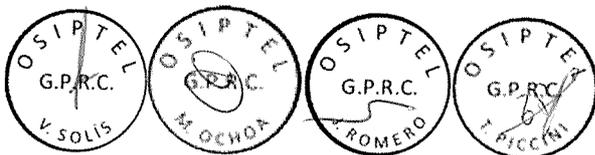
25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles,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

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

Según se observa del referido artículo, existen dos modalidades para materializar la compartición de infraestructura definida por la Ley N° 29904, siendo éstas: (i) el contrato, y (ii) el mandato. El procedimiento legal previsto para cada modalidad se describe a continuación:

- Contrato de compartición:

- El procedimiento inicia con la solicitud presentada por el operador de telecomunicaciones (artículo 25, numeral 25.2). El concesionario de energía eléctrica, una vez recibida la solicitud, tiene que requerir al operador de telecomunicaciones la información necesaria dentro del plazo de cinco (5) días hábiles (artículo 25, numeral 25.1).
- Los concesionarios (operador de telecomunicaciones y el concesionario de energía eléctrica) tienen un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato, que se cuenta a partir de la fecha de presentación de la solicitud del operador de telecomunicaciones (artículo 25, numeral 25.2).



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 86

- **Mandato de compartición:**

- Transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles, contado desde la presentación de la solicitud del operador de telecomunicaciones al concesionario de energía eléctrica para el acceso y uso de su infraestructura, sin que se haya suscrito un contrato, **el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición** (artículo 25, numeral 25.2).

En consecuencia, el mandato de compartición es un mecanismo subsidiario por el cual el OSIPTEL interviene respecto de una relación de compartición de infraestructura, si transcurre el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud respectiva al concesionario de energía eléctrica relativa al acceso y uso de su infraestructura, sin que se haya suscrito el contrato respectivo. Ello, con la finalidad de dictar las disposiciones específicas que sean necesarias para velar por el cumplimiento del artículo 13 de la Ley N° 29904.

4.1.2 EL CONCEPTO DE “CONTRATO” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL Y EL CONCEPTO DE “CONTRATO DE ACCESO Y USO DE INFRAESTRUCTURA” PREVISTO EN LA LEY N° 29904 Y SU REGLAMENTO.

De acuerdo al artículo 1351 del Código Civil³, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Bajo dicho concepto, el “*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura*” señalado en el artículo 25, numeral 25.2, del Reglamento de la Ley N° 29904 como una de las modalidades para que un operador de telecomunicaciones acceda y use la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha, puede tener por objeto la creación, regulación, modificación y/o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904.

En consecuencia, las relaciones de compartición de infraestructura que se creen al amparo de la Ley N° 29904, puede ser también modificadas, reguladas o extinguidas por las partes mediante un contrato posterior, sujetándose a las reglas de la Ley N° 29904 y su Reglamento. En caso de falta de acuerdo, el operador de telecomunicaciones puede recurrir al OSIPTEL para que emita el respectivo mandato de compartición de infraestructura.

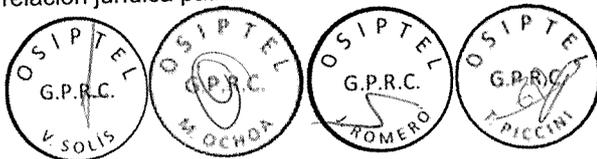
4.1.3 SUJECIÓN DEL CONTRATO A LA LEY N° 29904.

La relación de compartición que es materia de análisis, inició en el año 2016 con una solicitud de AZTECA PERÚ a PEOT formulada en su condición de concesionario de la RDNFO (numeral 1.2 del Contrato) y, según indica PEOT en su Oficio N° 1023-2017-

³ Código Civil:

“Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 86

GR.LAMB/PEOT-GG del 29 de setiembre de 2017 (remitida a AZTECA PERÚ dentro de la etapa de negociación entre las partes previa al presente procedimiento), las contraprestaciones del Contrato fueron definidas conforme a las disposiciones de la Ley N° 29904.

En ese sentido, el Contrato en mención se encuentra sujeto a la Ley N° 29904.

4.1.4 PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE EMISIÓN DE MANDATO DE COMPARTICIÓN SOLICITADA POR AZTECA PERÚ.

De la documentación que obra en el expediente, se observa que mediante carta DJ-1261/17, recibida con fecha 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ solicitó a PEOT adecuar el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura previsto en el Contrato, al precio máximo señalado en el artículo 30, numeral 30.4, del Reglamento de la Ley N° 29904. Asimismo, AZTECA PERÚ precisó que dicha comunicación era enviada en el marco de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904, que se refiere a la posibilidad del operador de telecomunicaciones de solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición ante la falta de acuerdo con el concesionario eléctrico una vez transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

En ese sentido, luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibida su solicitud (21 de agosto de 2017), AZTECA PERÚ se encontraba habilitada a solicitar la intervención del OSIPTEL y requerir la emisión del respectivo mandato, conforme lo dispone el artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. Según se ha señalado en párrafos precedentes, la solicitud de AZTECA PERÚ al OSIPTEL para la emisión de mandato fue recibida el 02 de noviembre de 2017, esto es, transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles supuesto por la norma citada.

En consecuencia, en el presente caso procede el análisis y posterior pronunciamiento por parte de OSIPTEL respecto de la solicitud efectuada por AZTECA PERÚ para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura con PEOT.

4.2 COMPETENCIA DEL OSIPTEL PARA EMITIR EL MANDATO DE COMPARTICIÓN SOLICITADO.

4.2.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato, recibida el 02.11.2017):

AZTECA PERÚ señala que el numeral ii) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha dispuso que se declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y/o móvil. Indica que ello, está alineado a lo dispuesto en la Ley N° 28295.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 86

Considera que, a efectos de que se pueda asegurar la protección del interés público antes descrito y proteger la conectividad a través de los servicios de telecomunicaciones, debe garantizarse tanto el acceso al uso de la infraestructura eléctrica, como la permanencia del operador para que pueda continuar haciendo uso de dicha infraestructura, pese a que pudieran existir discrepancias en el marco de la relación contractual. Precisa que lo contrario, carecería de sentido, para la defensa del interés público protegido, que los operadores pudieran acceder a la infraestructura, pero que, con posterioridad, se presenten y mantengan trabas o abusos que no permitan la continuidad del uso efectivo de la infraestructura compartida.

Manifiesta que no corresponde que únicamente se proteja un derecho de acceso, sino también debe garantizarse la continuidad efectiva de ese derecho pues, de lo contrario, el efecto será el mismo que el de una negativa de acceso:

*“Surgido el derecho de acceso, toda regulación ha de incluir garantías para el mantenimiento efectivo de ese derecho. En efecto, aunque se permitiera el acceso, su prestación en condiciones discriminatorias, o aplicando tarifas excesivas, equivaldría en la práctica a una negativa. Por eso, toda regulación exige la transparencia en la imposición de derechos económicos, así como la orientación de las tarifas de acceso a los costes del titular de la red para evitar discriminación entre operadores y tarifas excesivas”.*⁴

En dicho contexto, considera que el OSIPTEL⁵ es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica⁶, pues debe velar por garantizar el interés protegido en la Ley de Banda Ancha, facilitando el despliegue y operación de las redes de telecomunicaciones necesarias⁷.

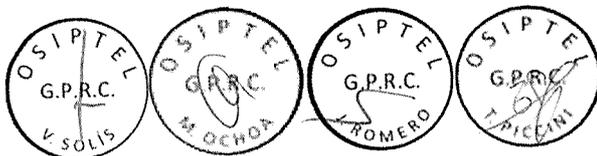
Señala lo manifestado en la Exposición de Motivos del Reglamento:

⁴ CALLOL GARCÍA, Pedro. “La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”. En: Revista de Administración Pública, Núm. 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 409 - 410.

⁵ “Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el comportamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post”. [ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, En: Revista de Derecho Administrativo No 5, Lima, 2008, pp. 148 – 149]

⁶ Ver artículos 13 y 32 de la Ley No. 29904.

⁷ Ver artículo 3 de la Ley No. 29904.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 86

“De otro lado, y dada la importancia de la oportunidad en que debe concretarse el acceso y uso de la infraestructura de electricidad o hidrocarburos para concretar el objetivo de necesidad pública declarado en el artículo 3, numeral i) de la Ley No. 29904; se establecen reglas procedimentales para la negociación entre el concesionario de energía (electricidad/hidrocarburos) y el concesionario de telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de su infraestructura, definiendo plazos y facultando a OSIPTEL a emitir mandatos de compartición en caso no llegue a un acuerdo.”⁸

(subrayado es de AZTECA PERÚ)

Asimismo, indica que atendiendo a que el OSIPTEL es el organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura eléctrica, en el artículo 25 del Reglamento se ha previsto que, cuando no existe un acuerdo entre las partes respecto de las condiciones para garantizar el acceso o el uso de la infraestructura y hayan transcurrido treinta (30) días hábiles desde que se iniciaron las comunicaciones, el OSIPTEL está facultado para emitir un Mandato de Compartición, fijando una solución vinculante para ambas partes.

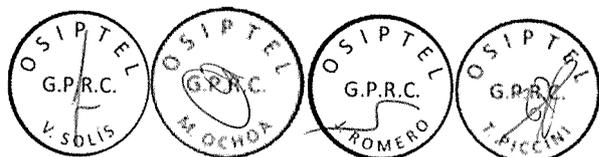
En consecuencia, considera que cuando el numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento establece que el OSIPTEL tiene la facultad de emitir un Mandato de Compartición luego de que hubiesen transcurrido treinta (30) días hábiles sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, hace referencia a: (i) la falta de un convenio cuando se encuentren negociando el contrato de acceso a la infraestructura, y (ii) la falta de pacto o la necesidad de resolución de algún aspecto, durante la ejecución del contrato, que ponga en riesgo la permanencia del operador.

Señala que la competencia del OSIPTEL no se circunscribe solamente a facilitar el acceso a infraestructura eléctrica a los operadores como AZTECA PERÚ, sino también a garantizar su permanencia en el mercado, esto es, con el uso de la infraestructura eléctrica por el tiempo que se encuentre pactado entre las partes.

Asimismo, indica que el OSIPTEL ha señalado que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*⁹. En esa línea, considera que el OSIPTEL reconoce que, en el marco de una relación contractual, también pueden presentarse escenarios de negociación, por ejemplo, para la regulación o precisión de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo las retribuciones correspondientes.

⁸ Exposición de Motivos del Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, p. 11. Disponible en: http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3256.pdf (Visitado el 1 de octubre de 2017).

⁹ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 86

Hace referencia al Informe 0029-GPRC/2017¹⁰, en donde el OSIPTEL reconoció con la emisión de un mandato de compartición que es competente para garantizar la protección del interés público y el despliegue de las redes de telecomunicaciones tanto antes de facilitado el acceso a la infraestructura, como durante el uso de la misma.

Señala que con una comunicación remitida el 21 de agosto de 2017, AZTECA PERÚ inició negociaciones con PEOT para acordar precisar la cláusula referida a la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de PEOT y lograr así que se respete el precio máximo fijado en la normativa vigente. No obstante, no han arribado a un acuerdo, en tanto PEOT se opone a respetar el precio tope por uso de infraestructura regulado en el Reglamento.

Asimismo, manifiesta que la situación antes detallada constituye un escenario en el que, en el marco de la ejecución del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ y PEOT no han podido acordar la precisión de la cláusula contractual referida a la retribución por el uso de infraestructura eléctrica, en tanto la retribución pactada exceda el precio tope máximo regulado. Por tanto consideran que el OSIPTEL se encuentra facultado para emitir un Mandato de Compartición, que obligue a PEOT a respetar el marco regulatorio en materia del precio tope exigible a AZTECA PERÚ y determine, en consecuencia, cuál es el precio máximo que PEOT puede cobrarles y, con ello, se precise los términos del Contrato de Compartición, garantizando, además, la continuidad en el uso compartido de la infraestructura en cumplimiento del interés público involucrado en el Proyecto.

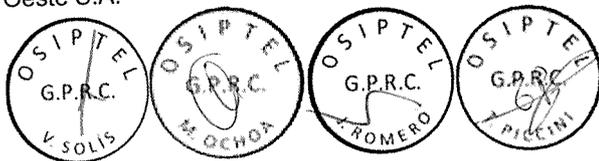
4.2.2 POSICIÓN DE PEOT (Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 20.11.2017):

PEOT manifiesta que el 29 de abril del año 2016, ambos suscribieron un contrato de acceso y uso de infraestructura de energía eléctrica, el mismo que establece en su numeral 4.2 la contraprestación a la cual AZTECA PERÚ se obliga a su pago.

Refiere además que a partir del mes de mayo de 2016, factura mensualmente por uso de torres a AZTECA PERÚ, los mismos que son pagados excepto los últimos 03 meses.

Indica que el artículo 25 del Reglamento de la Ley 29904 no aplicaría para el presente caso, por cuanto las dos partes negociaron libremente y suscribieron un contrato de acceso y uso de infraestructura, con pleno conocimiento de la normativa vigente y del Anexo 01 del Reglamento de la Ley, a partir del cual se dio un servicio y una cobranza sin reclamo alguno por los firmantes, hasta la modificación de las variables m y f del Anexo 01.

¹⁰ Dado en el marco de la vigencia de un contrato entre Multivisión S.R.L. y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 86

Sin embargo, señala que PEOT se encuentra dispuesto a negociar libremente un ajuste de la tarifa actual, hecho que también estaría comunicando a la empresa AZTECA PERÚ.

4.2.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 29.11.2017):

AZTECA PERÚ manifiesta lo siguiente:

4.2.3.1 El Consejo Directivo puede y debe atender su Solicitud de Mandato.

- **Los Mandatos de Compartición pueden ser dictados por el Consejo Directivo incluso cuando existe un contrato.**

AZTECA PERÚ refiere que en el Oficio PEOT ha señalado que, el artículo 25 del Reglamento, referido al procedimiento para la emisión de mandatos de compartición de infraestructura, no sería aplicable en el presente caso puesto que *“las dos partes negociamos libremente y suscribimos un contrato de acceso y uso de infraestructura, con pleno conocimiento de la normativa vigente (...)”*. Así, a su criterio, la solicitud de mandato de compartición debiera ser declarada improcedente por la supuesta incompetencia del Consejo Directivo de OSIPTEL.

Sobre ello, AZTECA PERÚ precisa que, aún en las relaciones contractuales de largo plazo, cada una de las partes siempre conserva el derecho y la libertad de poder plantear a la otra, en cualquier momento durante su relación, la modificación de aquellos términos inicialmente convenidos que ya no le resulten convenientes o porque desea que se integren nuevas condiciones, sea por las razones que fueran.

En esa línea, manifiesta que no debe extrañar que, en el marco de una relación contractual de compartición de infraestructura, se presenten escenarios de renegociación para la modificación de las condiciones inicialmente pactadas, incluyendo en lo que respecta a los montos de las contraprestaciones. Refiere que el OSIPTEL ya ha reconocido que la existencia de un contrato de compartición de infraestructura vigente no limita que: *“las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar a un acuerdo complementario respectivo”*¹¹.

Considera que a diferencia de los mercados no regulados, donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación¹², en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el

¹¹ Informe 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución 020-2017-CD/OSIPTEL.

¹² Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 86

despliegue de redes de telecomunicaciones¹³, si las partes no llegan a un acuerdo frente a la modificación planteada, la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.

Además, refiere que es importante tener en cuenta que, en el ordenamiento la figura del mandato recoge lo que la doctrina alemana llama “*regulación escalonada*”, es decir, que primero se da oportunidad a los privados de establecer las condiciones que regirán su relación bajo cierto marco legislativo macro, pero si éstos no llegan a un acuerdo, el órgano regulador está facultado para establecer e imponer las condiciones que regirán en adelante entre ellos:

“(...) la expresión pretende describir una forma frecuente de regulación en la que no se ordena inmediatamente un determinado tipo y modo de intercambio de bienes, sino, por de pronto, se otorga a los operadores la posibilidad - en una suerte de primer escalón - de regular por sí mismos las correspondientes cuestiones antes de que –encaso y nuevamente en diferentes escalones - entre en juego un sistema de regulación cada vez más denso que -según sea el rendimiento de las fuerzas sociales - estrecha progresivamente el espacio de libre actuación existente hasta llegar incluso a órdenes de actividad, la regulación imperativa inicialmente en reposo (latente) aparece así como “red de reserva” (Auffangnetz), como una suerte de mecanismo de seguridad de la autorregulación. Puede hablarse por ello también de la asunción por el Estado de una responsabilidad de reserva. La regulación entra en juego solo cuando se hace necesaria a la vista de un caso concreto (...)”¹⁴

Indica que la prerrogativa de intervención pública bajo comentario es exclusiva del Consejo Directivo, organismo que ejerce la **función normativa-regulatoria** del OSIPTEL¹⁵, la que comprende “dictar mandatos y normas de carácter particular;

¹³ Ya se que se encuentren enmarcados en la Ley No. 28295, el Decreto Legislativo No. 1019 y/o la Ley No. 29904.

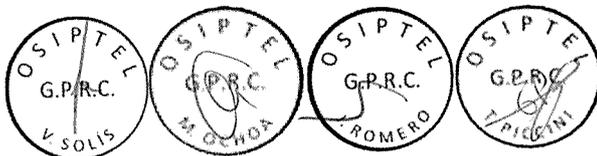
¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado y Derecho en proceso de cambios. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2016, pp. 151-152.

¹⁵ Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por Decreto Supremo No. 042-2005-PCM:

*“Artículo 2.-Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores
La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.”*

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

*“Artículo 24- Órganos Competentes para ejercer la función normativa
La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.”*



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 86

referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios¹⁶ (el subrayado es de AZTECA PERÚ).

Asimismo, refiere que respecto a dicha función, ZEGARRA VALDIVIA señala lo siguiente:

“(…) como se aprecia en el segundo párrafo del glosado artículo 23 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y en la lista de asuntos del artículo 25 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dicha función [reguladora] tiene un ámbito de extensión que va más allá de lo tarifario al insertarse en la totalidad de la actividad económica, de manera que algunos de los supuestos previstos en la referida lista son propios de una acción reguladora, como por ejemplo, el previsto en el inciso n), referido a Dictar mandatos de interconexión, y otros están vinculados con el ejercicio de la potestad reglamentaria”¹⁷ (el subrayado es de AZTECA PERÚ)

Manifiesta que en el ejercicio de su función normativa, es el OSIPTEL quien se encuentra facultado y llamado, en aplicación de su importante rol de salvaguardar el cumplimiento de las finalidades públicas, para intervenir ante una (re)negociación infructuosa y, en particular, evaluar si corresponde al interés público modificar los términos económicos inicialmente convenidos y/o si es necesario alinearlos a lo establecido en el marco normativo, con la emisión de un mandato de compartición de infraestructura¹⁸.

Refiere además que es importante tener en cuenta que la facultad del Consejo Directivo del OSIPTEL para dictar mandatos de compartición de infraestructura no sólo se debe circunscribir a garantizar el acceso, sino también a resguardar el uso y la permanencia de la red de telecomunicaciones en la infraestructura de soporte. La razón es que el fin propio del OSIPTEL es resguardar el interés público protegido en

¹⁶ Reglamento General del OSIPTEL, artículo 23. De manera similar, la Ley No. 27332 en su artículo 3 prevé “c) *Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias: los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; (...)*” (subrayado agregado)

¹⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación, Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú. Lima, Palestra Editores. Primera Edición, 2005, pp. 258-259.

¹⁸ Cabe indicar que la emisión de mandatos a efectos de fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre dos empresas, incluyendo el establecimiento de una contraprestación, no es exclusivo al sector telecomunicaciones, el Consejo Directivo de OSITRAN, por ejemplo, también ha definido que el establecimiento de retribuciones o contraprestaciones en una relación de acceso y uso de infraestructura se realiza en ejercicio de la referida función normativa: “(...) Se trata por tanto, de una competencia en materia regulatoria de contenido sustancialmente económico, que tiene una finalidad de interés pública, consistente en posibilitar la competencia en los segmentos de servicios portuarios y servicios de intercambio modal y de transporte, ahí donde sea factible, sin poner en riesgo los derechos del titular de la concesión o del Administrador Portuario público. (...) 8. Como consecuencia de lo anteriormente señalado. OSITRAN ratifica su competencia para emitir el presente Mandato de Acceso, en ejercicio de su función normativa propia, el mismo que es de cumplimiento obligatorio para las partes.” (subrayado y énfasis agregados) [Resolución N° 016-2003-CD/OSITRAN]



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 86

este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria, y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.

Señala que la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir pronunciamientos que impliquen la redefinición de las condiciones económicas en las relaciones de compartición ya ha sido reconocida tanto por el Tribunal de Solución de Controversias como el propio Consejo Directivo del OSIPTEL. Por ejemplo, en el caso Multivisión S.R.L. vs. Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Expediente No. 002-2014-CCO-ST/CI), a propósito de una controversia respecto a la posibilidad de redefinir la contraprestación pactada por el uso de infraestructura eléctrica (como en este caso), el Tribunal de Solución de Controversias determinó que esta materia debía ser conocida únicamente por el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través de un procedimiento para la emisión de un mandato de compartición, y no el Cuerpo Colegiado:

*“46. Sin embargo, este órgano colegiado, discrepa del razonamiento de la primera instancia, en la medida que las pretensiones transcritas en el numeral 44 **implican el ejercicio de la función normativa, por cuanto la modificación de la contraprestación que pretende Multivisión, generará o constituirá una relación jurídica con una nueva contraprestación, en caso que el mandato de compartición de infraestructura correspondiente así lo disponga.***

(...)

*48. Precisamente, luego de un análisis de las pretensiones de Multivisión antes citadas, el Tribunal considera que las mismas **buscan una modificación de la contraprestación fijada por el arrendamiento de la infraestructura de SEAL. Debe puntualizarse que no solamente se busca una revisión de la fórmula que supuestamente habría utilizado SEAL para establecer los montos a cobrar por el uso de los postes dependiendo del tipo de tensión, baja o media, sino además, pretende que los órganos de solución de controversias fijen la metodología y la contraprestación que corresponda de acuerdo a la normativa, en este caso, que cumpla con el principio de onerosidad de la compartición.***

(...)

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

*52. como se puede apreciar, **al ejercer la función normativa a través de la emisión de un mandato, se determinan las reglas que deben seguir las partes para una adecuada ejecución del objeto del mismo, consistente en el acceso y uso compartido de infraestructura** para la prestación de servicios*



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 86

públicos de telecomunicaciones. (...)”¹⁹ (el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ).

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

*“En ese contexto, **la solicitud para negociar o acordar nuevas condiciones para una relación de compartición previamente creada**, con sujeción a la Ley 28295, que formule alguna de las partes de un contrato de compartición a la otra, puede estar referida a **regular, modificar** o extinguir el acuerdo previamente creado. Ante la falta de acuerdo, la Ley No. 28295 [el régimen general], **faculta al OSIPTEL a intervenir mediante la emisión de un mandato a solicitud del interesado** (...)”*

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

Refiere además que sería un absurdo regulatorio que en los supuestos de interconexión sí fuera posible para el Consejo Directivo emitir un mandato ante una infructuosa renegociación y no en este caso, en que la relación entre la empresa de telecomunicaciones y la empresa eléctrica es aún más asimétrica.

Considera que el Consejo Directivo de OSIPTEL es quien indubitablemente tiene competencia para redefinir los parámetros de la relación jurídica existente entre el titular de la infraestructura eléctrica (PEOT) y el operador de telecomunicaciones (AZTECA PERÚ).

- **El Mandato de Compartición es procedente en tanto sirve para el resguardo del interés público: la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal.**

Manifiesta que el OSIPTEL no debe renunciar a cautelar de manera integral y completa el acceso a infraestructura esencial para el desarrollo de las redes de Banda Ancha, tarea que le corresponde en su condición de regulador de las telecomunicaciones y en particular, de supervisor de la Red Dorsal por expreso mandato de la Ley No. 29904.

¹⁹ Resolución No. 010-2016-TSC/OSIPTEL, del 17 de agosto de 2016.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 86

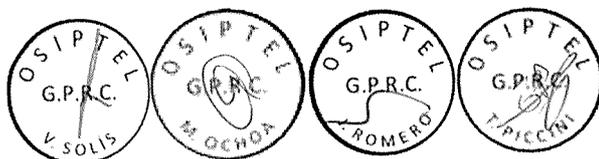
Indica que en su solicitud, para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal, tanto en el corto como largo plazo, resulta indispensable que las condiciones económicas que se les exige por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica, es decir, que AZTECA PERÚ sólo pague por el espacio que se estima que abarcan sus cables de fibra óptica y que, de ningún modo, dichas condiciones sirvan para subvencionar las actividades de la empresa eléctrica o terceros. Justamente, para materializar dicha garantía, desde su publicación, el Reglamento dispuso (i) que las contraprestaciones periódicas a favor de las empresas eléctricas se encontrarían sujetas a un precio máximo y (ii) que dicho precio máximo se calcularía en función a determinada fórmula expresamente definida en su Anexo 1 (la misma que contiene valores que pueden variar en el tiempo).

En ese sentido, AZTECA PERÚ estima que las condiciones económicas que se incluyeron en el Contrato de Compartición (producto de la asimetría informativa que existía al momento de su celebración y que en gran parte se mantiene a la fecha) no cumplen con lo dispuesto en el Reglamento (en sí, nunca cumplieron). En efecto, según sus cálculos, AZTECA PERÚ habría estado pagando a PEOT alrededor del triple de lo que el legislador ha considerado como óptimo para garantizar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y, por lo mismo, las finanzas del proyecto se han visto considerablemente afectadas. Refiere que el despliegue de la Red Dorsal mediante el uso de la infraestructura eléctrica de PEOT, bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición, ha significado un encarecimiento excesivo de este proyecto declarado de interés nacional.

Asimismo, señala que el escenario antes descrito obedece exclusivamente a que PEOT viene exigiendo a AZTECA PERÚ el pago de un monto tres veces mayor al que le correspondería si se siguiera correctamente la Metodología del Reglamento. Por ello, señala que mantener la fibra óptica de la Red Dorsal colgada en las torres de PEOT sin variar las condiciones que originalmente fueron pactadas en el Contrato de Compartición, resulta excesivamente oneroso e implica un riesgo inminente para la viabilidad económica del proyecto. Es por ello que planteó de buena fe a PEOT la revisión de dichas condiciones, de modo que la contraprestación periódica sea ajustada de mutuo acuerdo, en exclusivo beneficio del proyecto y en aplicación el marco regulatorio que sustenta tal relación de compartición.

Refiere que ante la rotunda negativa de PEOT de enmendar/modificar el Contrato de Compartición y su insistencia (en función a su posición dominante) de que siga pagando un monto que no puede solventar por excesivo (pues a todas luces supera el precio máximo reglamentario), AZTECA PERÚ ha recurrido al OSIPTEL para que, en ejercicio de sus funciones normativas-regulatorias, garantice que la infraestructura de PEOT podrá en adelante ser usada bajo condiciones que no terminen forzando a AZTECA PERÚ a descolgar la fibra óptica o devolver al Estado Peruano el proyecto, por no poder continuar haciendo frente a tales pagos excesivos e injustificados.

Indica que en su solicitud, es importante tener en cuenta que la infraestructura eléctrica de PEOT tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 86

despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido este proyecto de titularidad estatal. Señala que se debe considerar que *“la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes”*²⁰. Bajo este régimen, manifiesta que *“los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)”*²¹.

En ese sentido, manifiesta que si bien AZTECA PERÚ está obligada a pagar a la empresa eléctrica los costos incrementales que le genere la compartición de sus instalaciones esenciales, dicho pago no debe implicar en modo alguno una barrera económica que a la larga desincentive la inversión sustentada en la compartición, poniendo en riesgo el proyecto de la Red Dorsal, que no sólo comprende a AZTECA PERÚ sino también a las empresas de telecomunicaciones que están invirtiendo en las redes regionales y a los usuarios, incluyendo al propio Estado a través de la Red Nacional del Estado, que esperan lograr conectividad a través de la Banda Ancha facilitada por este proyecto. Considera que insistir en la exigencia de una contraprestación por encima del precio máximo resultante de la correcta y adecuada aplicación de la Metodología y, por tanto, negarse a modificar el Contrato de Compartición para que coincida con la normativa aplicable, resulta a todas luces una traba económica para que el proyecto de interés nacional a que se refiere pueda seguir desarrollándose sobre dichas instalaciones.

Advierte que el peligro en la continuidad del uso de la infraestructura de energía eléctrica abarca más que la sola resolución del Contrato de Compartición o al retiro de los cables de fibra óptica de las torres de PEOT por disposición de dicho concesionario eléctrico. Refiere que las condiciones económicas bajo las cuales PEOT pretende continuar permitiendo el uso de la infraestructura tienen por sí mismas, objetivamente, un impacto en el futuro integral del proyecto y su viabilidad en el mediano plazo, independientemente de quién sea el operador.

Menciona que su situación se parece mucho a las contempladas en las normas de acceso a infraestructura de transporte de uso público supervisadas por OSITRAN, en donde hay un monopolista que controla infraestructura esencial y una empresa que requiere acceder a la infraestructura para prestar los servicios y que tiene un giro distinto (caso del aeropuerto y la empresa de rampa que da servicio a los aviones). Tanto en esos casos como en éste, un mínimo ejercicio de poder de mercado del monopolista basta para sacar del mercado a la empresa que requiere usar sus instalaciones, debido a la preeminente posición económica y estratégica del titular de la infraestructura.

²⁰ JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press. 2016. p. 387.

²¹ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo III. 15a Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 12.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	

Refiere que la continuidad en el uso de la infraestructura eléctrica compartida sólo puede entenderse garantizada si realmente se da bajo condiciones de eficiencia económica y, por lo menos, conforme a los principios que rigen el régimen general de acceso y uso de instalaciones esenciales²². OSIPTEL no puede obviar la afectación al interés público que se está generando con la conservación de barreras económicas por parte de PEOT, que a la larga inviabilizarán la sostenibilidad económica de la Red Dorsal, impidiendo la consecución de sus objetivos públicos y de interés nacional, como es la masificación y consolidación de la Banda Ancha a nivel nacional, como instrumento de generación de crecimiento social para los peruanos.

En este contexto, señala que se debe tener en cuenta que la emisión de un mandato de compartición con la finalidad de resguardar el uso de la infraestructura eléctrica

²² Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC, artículo 34.

“Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público.

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

- 1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras ediles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación: así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.*
- 2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.*
- 3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.*

*Asimismo, **toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.***

*Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, **la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario: así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.***

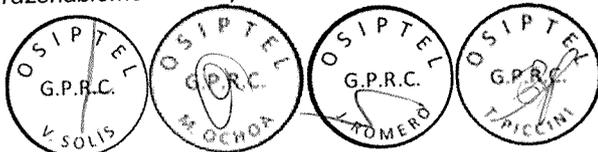
*Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes **principios económicos**, que regirán la determinación de la contraprestación:*

- 1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.*
- 2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.*
- 3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.*
- 4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.*

*5. **Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.***

*6. **Recuperar los costos económicos eficientes** de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.*

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos.” (énfasis y subrayado agregados)



cobra mayor relevancia cuando, en el marco de una renegociación entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones, existe asimetría de información entre tales agentes. AZTECA PERÚ señala que no maneja la información sobre los costos y características de la infraestructura eléctrica y acceder a la misma o validarla resulta imposible sin la “colaboración” de la empresa eléctrica.

Considera que el Consejo Directivo debe tener en cuenta que no es lo mismo que dos empresas del sector telecomunicaciones, que conocen cómo funcionan sus redes, sus costos, su mercado, etc. (simetría de información), (re)negocien condiciones económicas para su interconexión, que una empresa eléctrica que conoce bien su negocio y una empresa operadora de un proyecto nacional de telecomunicaciones procuren (re)negociar dichas condiciones, máxime si los parámetros regulatorios están en función a los costos y características de las infraestructuras eléctricas.

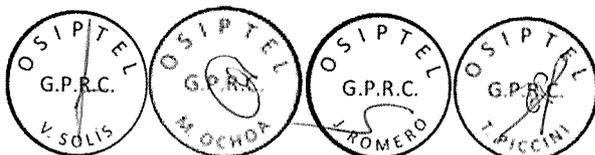
Señala además, que como resultado de la asimetría informativa, en sus primeras cartas sólo planteó a PEOT cómo consideraba debía aplicarse la Metodología para ajustar el valor de la contraprestación. Es pues evidente que si AZTECA PERÚ hubiera tenido acceso pleno a la información que se requiere para poder aplicar la Metodología, habría planteado de plano el monto resultante. Señala que PEOT en ningún momento accedió a proveerle de dicha información, abusando de su posición dominante.

Indica que ante la falta de un acuerdo entre las partes respecto al ajuste de la contraprestación por el uso de infraestructura de energía eléctrica propuesta por AZTECA PERÚ, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de la modificación de la contraprestación en tanto excede el precio máximo regulado, el Consejo Directivo del OSIPTEL es quien deberá fijar las reglas que van a regir la relación jurídica entre PEOT (titular de la infraestructura) y AZTECA PERÚ (operador de telecomunicaciones) y, en ejercicio de sus excluyentes facultades normativas-regulatorias, establecer la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica, a través de un mandato de compartición de infraestructura.

4.2.3.2 Sobre la aplicación de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento al contrato de compartición.

Señala que PEOT mencionó que AZTECA PERÚ tenía pleno conocimiento de la normativa vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, por lo que aceptó libremente pactar la contraprestación establecida para la compartición de su infraestructura de energía eléctrica.

Sobre ello, manifiesta que se debe tener en cuenta que existe asimetría de información entre AZTECA PERÚ y PEOT, por lo que es la empresa de energía eléctrica quien cuenta con toda la información sobre los costos de sus torres y/o postes y, por ende, quien al momento de la suscripción del Contrato de Compartición señaló cuál era el resultado de la aplicación de la Metodología. Sin embargo, señala que a la fecha, AZTECA PERÚ ha podido evidenciar que el valor igual a uno (1)



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 21 de 86

atribuido a la variable “Na” genera que la aplicación de la fórmula sea incorrecta y PEOT se encuentre exigiendo un pago tres veces mayor al precio máximo establecido legalmente, por lo que solicitó la modificación de la contraprestación inicialmente pactada.

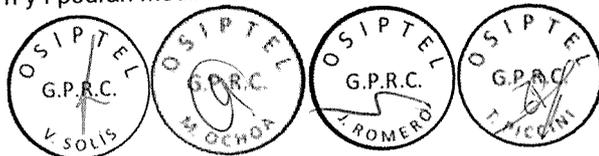
Refiere que tal como lo ha reconocido PEOT en su Oficio, ambas partes tenían pleno conocimiento del marco normativo vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición. En ese orden de ideas, señala que PEOT conocía que tanto la Ley de Banda Ancha como su Reglamento estuvieron vigentes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, estando dicho pacto sometido a las normas imperativas²³ sobre el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue y operación de la Red Dorsal. Entre ellas, la existencia de una contraprestación máxima regulada, así como la posibilidad de que los valores de ciertos factores de la Metodología sean modificados con posterioridad a través de una resolución ministerial²⁴, sin que las partes pudiesen pactar en contrario. En ese sentido, manifiesta que PEOT conocía con claridad que su relación contractual con AZTECA PERÚ se encontraba sujeta a esas dos condiciones, y no solo a la actualización de los valores de la Metodología a través de una resolución viceministerial.

Considera que a través de su requerimiento de modificación contractual, AZTECA PERÚ buscaba convenir con PEOT el ajuste que correspondía al valor de la contraprestación de modo que el nuevo monto coincidiera con lo que la regulación ha establecido como el “precio máximo” a pagar por el uso compartido de infraestructura eléctrica. No obstante, indica que PEOT le manifestó claramente que no estaba dispuesto a revisar sus cálculos en lo que refiriera al valor del factor “Na” de la Metodología, aun cuando AZTECA PERÚ le hizo notar que el error que ambas partes habían cometido al asignarle un valor de uno (1), cuando lo que correspondía, conforme la lógica económica de la Metodología, era que se considerara un valor de tres (3). Por lo tanto, manifiesta que en su solicitud de mandato, lo que busca AZTECA PERÚ a través de este procedimiento es que el Consejo Directivo disponga la modificación de la contraprestación prevista inicialmente en el contrato, de modo que ésta se adecúe a los parámetros previstos en el Reglamento, lo cual implicará necesariamente que el Consejo Directivo asuma que el factor “Na” de la Metodología tiene un valor de tres (3).

Señala que en atención al marco normativo vigente que establece las condiciones imperativas que norman el uso de infraestructura eléctrica para el despliegue y

²³ Al respecto, “desde la perspectiva del enforcement, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción” [ESCOBAR ROZAS, Fredy y Guillermo CABIESES CROVETTO. “La libertad bajo ataque: contratos regulación y retroactividad”. En: *Ius Et Veritas*. N°46, 2013, p. 121].

²⁴ El Anexo 1 del Reglamento (norma marco bajo la cual se celebró el Contrato de Compartición) dispuso que los factores “f” y “m” podían ser posteriormente modificados por Resolución del Viceministro de Comunicaciones, como se observa a continuación: “Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.”



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 86

operación de la Red Dorsal, AZTECA PERÚ solicita que el Consejo Directivo considere el valor correcto del factor “Na” para la modificación de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición, esto es, tres (3).

4.2.3.3 Respecto a que PEOT está dispuesto a negociar la contraprestación pactada en el contrato de compartición.

AZTECA PERÚ señala que al final del Oficio, PEOT indica que está dispuesto a negociar libremente un ajuste de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición. Sin embargo, refiere que de la revisión de todas las comunicaciones cursadas con PEOT en relación a su propuesta de modificación del Contrato de Compartición²⁵, se puede observar que dicha empresa en ningún momento aceptó realizar los cálculos para el ajuste en base a un “Na” igual a tres (3), conforme a su pedido, y más bien afirmó que continuaría aplicando un valor erróneo igual a uno (1), sin dejar mayor espacio de negociación.

Refiere que producto de que AZTECA PERÚ y PEOT no pudieron arribar a un acuerdo para el ajuste de la contraprestación, es que presentó una solicitud de mandato, a efectos de que el Consejo Directivo del OSIPTEL sea quien modifique la cláusula referida a la contraprestación del Contrato de Compartición de modo que se observe lo dispuesto en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento.

Señala que hasta el día de hoy, la supuesta voluntad de negociación que PEOT alega sostener no se ha materializado con claridad en ninguna comunicación remitida directamente a AZTECA PERÚ. Por tanto, considera que no debe tomarse en consideración dicha alegación.

Manifiesta importante que el Consejo Directivo tenga en cuenta que AZTECA PERÚ considera que el “Na” de la Metodología debiera ser aplicado en todos los casos de infraestructuras de media y alta tensión con un valor de tres (3). Acordar un valor menor con PEOT (como pareciera ser su intención al no aceptar de plano a su solicitud), implicaría cometer nuevamente el error de recoger en el Contrato de Compartición una contraprestación mayor al “precio máximo” resultante de la correcta aplicación de la Metodología, por lo que finalmente no se atendería el interés detrás de la renegociación que AZTECA PERÚ ha planteado en esta ocasión.

²⁵ Ver Oficios 956-2017-GR.LAMB/PEOT-GG, 1017-2017-GR.LAMB/PEOT-GG, 1023-2017-GR.LAMB/PEOT-GG y 1160-2017- GR.LAMB/PEOT-GG, incluidos como Anexos 1-D, 1-E, 1-F y 1-I, respectivamente, de nuestro Escrito No. 1.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 86

4.2.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

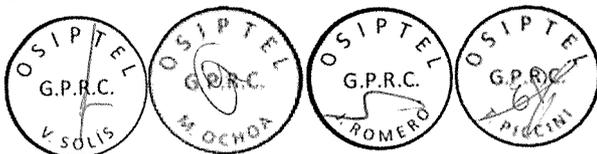
4.2.4.1 Competencia del OSIPTEL para modificar las condiciones de un contrato de acceso y uso de infraestructura creado bajo el marco de la Ley N° 29904.

En primer término, se debe señalar que las normas vigentes al tiempo de la suscripción del Contrato (en el año 2016), establecían lo siguiente:

- El acceso y uso de la infraestructura eléctrica se debe realizar a cambio de contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- La determinación de las referidas contraprestaciones se sujeta a la metodología que establezca el Reglamento de la Ley N° 29904 (artículo 13, numeral 13.4, de la Ley N° 29904).
- El OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de las reglas antes citadas sobre la contraprestaciones periódicas por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias (artículo 32 de la Ley N° 29904).
- El resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida (artículo 30.4 del Reglamento de la Ley N° 29904).

Bajo dicho contexto, la suscripción y vigencia del Contrato no limita a AZTECA PERÚ a negociar o requerir a PEOT durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones acordadas en el Contrato y, en su caso, a arribar al acuerdo complementario respectivo. Se debe mencionar que en lo que se refiere a la infraestructura que es compartida en virtud del Contrato, la negociación o requerimiento para la variación de las condiciones inicialmente acordadas, se debe sujetar también a las disposiciones de la Ley N° 29904, considerando que las partes crearon su relación de compartición (en el año 2016) al amparo de la citada Ley.

Cabe indicar que el marco legal definido por la Ley N° 29904, no limita a que un contrato de compartición únicamente tenga por objeto la creación de relaciones de compartición, cuando de ordinario el objeto de todo contrato es crear, modificar, regular y/o extinguir relaciones jurídicas. En ese sentido, las partes de un contrato de compartición, durante su ejecución, pueden celebrar contratos que dispongan la modificación, regulación o extinción de la respectiva relación jurídica. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de transcurrido el período de negociación previo respectivo, el citado marco legal faculta al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 86

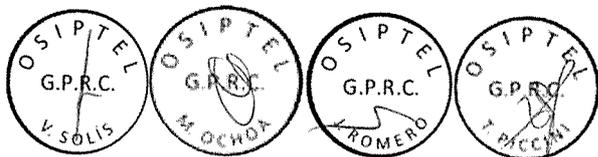
Es preciso señalar que durante el transcurso de una relación de compartición, algunas condiciones que en el inicio pudieron haber sido eficientes y promovían una mayor competencia en los mercados de telecomunicaciones, pueden devenir en discriminatorias y/u originar ineficiencias que perjudiquen a algunos operadores de telecomunicaciones frente a otros. Asimismo, los acuerdos pueden contener condiciones que constituyan una aplicación incorrecta de las reglas a las cuales debe ceñirse una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 29904 y que impidan concretar los fines que ésta persigue. En ese sentido, los términos de la relación de compartición creada por las partes, pueden terminar dañando el proceso competitivo.

Bajo dicho contexto, se considera que la solicitud de AZTECA PERÚ formulada a PEOT con fecha 21 de agosto del 2017 (mediante carta DJ-1261/17), constituye un requerimiento para variar las condiciones para la relación de compartición creada por ambas empresas bajo el amparo de la Ley N° 29904, que se encuentra vigente en virtud del Convenio. Asimismo, la respuesta de PEOT al referido requerimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles deriva en una falta de acuerdo que, a solicitud de parte y subsidiariamente, faculta al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato a fin de decidir sobre las condiciones económicas de la contraprestación periódica del Contrato que AZTECA PERÚ considera necesario modificar, regular o extinguir.

Consecuentemente, a través de un mandato de compartición que el Consejo Directivo del OSIPTEL emita con sujeción a la Ley N° 29904 y su Reglamento, será posible modificar la relación de compartición creada por el Contrato en lo que se refiere a la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura que es objeto de compartición.

Se precisa que la emisión de mandatos de compartición sustituye la voluntad de las partes en una intervención subsidiaria del OSIPTEL cuando las partes no han llegado a acuerdo luego del período de negociación respectivo. En ese sentido, la aplicación del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 es estricta respecto de su texto, por cuanto en ésta se menciona la inexistencia de un contrato de acceso y uso de infraestructura luego de un período de negociación, como supuesto de hecho que habilita al OSIPTEL, a solicitud de parte, a intervenir emitiendo un mandato de compartición. Como se ha señalado en párrafos precedentes, el “contrato” es un concepto que tiene una definición legal, que implica el *“acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*

En el caso materia de análisis no resulta posible entender un contrato como algo distinto a lo que es y reducir su propósito únicamente a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales. Dicha lectura, además de inconsistente con el concepto legal de “contrato”, sería inconsistente con la finalidad de la Ley N° 29904, que tutela el “acceso y el uso” de la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de “Banda Ancha” y ésta es, según el artículo 4 de la referida Ley la conectividad de datos principalmente a Internet que, entre otras características, debe ser *permanente* y permitir al usuario estar *siempre en línea*.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 25 de 86

Ello únicamente será viable si las relaciones de compartición de infraestructura establecidas para hacer posible la provisión de Banda Ancha, son sostenibles en el tiempo. Dicha sostenibilidad puede requerir que las referidas relaciones, en el tiempo, sean reguladas, modificadas o incluso extinguidas, en acuerdos posteriores al que determinó su creación.

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

4.2.4.2 La solicitud de AZTECA PERÚ para que se disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de PEOT.

AZTECA PERÚ ha formulado una solicitud para que el OSIPTEL disponga la continuidad de la compartición de la infraestructura de PEOT. Al respecto, cabe señalar que este extremo de la solicitud será analizado en el punto relativo al riesgo que implica para la RDNFO la falta de acuerdo entre las partes para modificar el Contrato. En ese sentido, en el presente acápite solo se analiza los extremos de la solicitud de AZTECA PERÚ vinculados a la modificación de las condiciones económicas del Contrato.

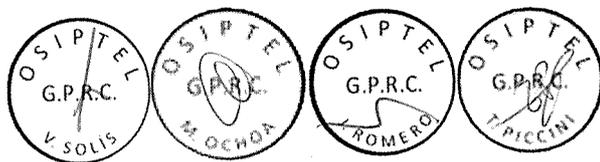
Finalmente, cabe señalar que los argumentos expuestos por AZTECA PERÚ respecto de la aplicación que considera correcta de la Metodología definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, serán analizados en acápites subsiguientes del presente informe.

4.2.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.2.5.1 Comentarios presentados por AZTECA PERÚ (Carta DJ-358/18 recibida el 16.02.2018).

AZTECA PERÚ manifiesta que 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.

Al respecto, AZTECA PERÚ señala que 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



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 86

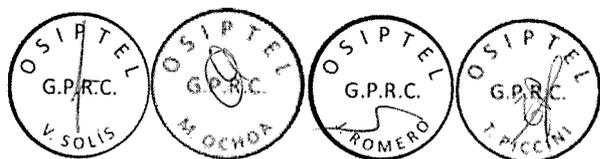
también durante su vigencia, con miras a la celebración de un acuerdo complementario o sustitutorio. Ello, en tanto la variación de las condiciones inicialmente pactadas puede darse a lo largo de la relación contractual, produciendo la regulación, extinción y/o modificación de las cláusulas acordadas.

En esa línea, AZTECA PERÚ manifiesta que coincide en que 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 PERÚ solicitó a PEOT 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 mayor.

Adicionalmente, AZTECA PERÚ indica que se debe tener en cuenta que el marco normativo que regula las relaciones de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de comunicaciones, ya sea bajo la Ley N° 28295 o la Ley de Banda Ancha, no limitan de modo alguno que alguna de las partes pueda plantear modificaciones a los términos inicialmente incluidos en los contratos de compartición durante su ejecución. Ello tampoco es una posibilidad restringida por el Código Civil ni la Constitución Política del Perú. Por lo mismo, señalan que ante un escenario de renegociación infructuosa, el Consejo Directivo del OSIPTEL tiene plenas capacidades para emitir mandatos en ejercicio de su función normativa, la que ha sido expresamente encomendada por ley al ente regulador.

AZTECA PERÚ considera que si bien es cierto que todo planteamiento de renegociación tiene el riesgo en sí de generar una “controversia” si la contraparte no está de acuerdo en aceptar los nuevos términos planteados²⁶, no por ello, se va a pretender que la situación sea resuelta bajo un mecanismo de solución de controversias o una vía distinta a la emisión de un mandato por el Consejo Directivo impidiendo con ello que éste ejerza la función normativa que le ha conferido la ley y desconociendo, en la práctica, dicha potestad. Señalan que, en primer lugar se debe observar que no se pone en discusión la interpretación del texto original del contrato; y, en segundo lugar, se advierte que no están ante una materia que dependa exclusivamente de la voluntad de PEOT y/o de AZTECA PERÚ, sino que se trata de una materia regulada, en tanto existe una norma imperativa que fija la existencia de una contraprestación máxima, con la finalidad de garantizar que no se establezcan

²⁶ Las motivaciones que puede tener una empresa para plantear modificaciones a una relación contractual son diversas, pudiendo ser comerciales, económicas o inclusive legales. En este caso, la motivación que tuvo AZTECA PERÚ para plantear el cambio en la relación contractual se origina en cómo considera que deben interpretarse y aplicarse las normas sobre el precio máximo por el acceso a infraestructura. Por ello es que su solicitud de modificación se regula por las normas relativas a la emisión de mandatos de acceso y corresponde ser conocida por el Consejo Directivo en defecto de acuerdo entre las partes, no correspondiendo que la cuestión se resuelva por un mecanismo de solución de controversias aplicable a una materia no regulada pues claramente no es el caso.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 27 de 86

barreras económicas para el uso de una facilidad esencial, como lo son las torres y postes, para la ejecución de un proyecto de interés nacional²⁷.

AZTECA PERÚ resalta que, a diferencia de los mercados no regulados donde la modificación efectiva del contrato estará sujeta exclusivamente al resultado de la renegociación²⁸, **en mercados regulados, como los de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones**, ya sea que se encuentren enmarcados en la Ley N° 28295, el Decreto Legislativo N° 1019 y/o la Ley de Banda Ancha, ante la falta de acuerdo frente la modificación planteada, **la parte interesada estará legitimada a recurrir al organismo regulador para que, en ejercicio de sus facultades normativas-regulatorias, intervenga en resguardo del interés público.**

Considera que es importante tener en cuenta que **el fin propio del OSIPTEL, encomendado en exclusiva a esta entidad, es resguardar el interés público protegido en este mercado regulado, garantizando la continuidad del despliegue bajo condiciones de eficiencia económica y equidad regulatoria y la no interrupción en la operatividad de la Red Dorsal.** Por tanto, en atención a su función normativa - regulatoria, el Consejo Directivo es quien debe **redefinir las condiciones económicas reguladas que rigen una relación de compartición.**

AZTECA PERÚ manifiesta que, a nivel comercial, es posible plantear la renegociación de los términos pactados originalmente en el Contrato de Compartición en cualquier momento (más aún cuando ello obedece al cumplimiento de disposiciones imperativas que resguardan la protección de un interés público) y que en caso las partes no lleguen a un acuerdo frente al nuevo planteamiento, el ordenamiento jurídico actual recoge la posibilidad de acudir al Consejo Directivo para que emita un mandato y defina así si corresponde o no acoger la propuesta.

En atención a lo expuesto, AZTECA PERÚ coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00012- GPRC/2018, respecto de la competencia del Consejo Directivo para emitir un mandato de compartición en el presente caso, donde AZTECA PERÚ y PEOT no han podido acordar una modificación de la contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica pactada en su Contrato de Compartición. En consecuencia,

²⁷ La infraestructura eléctrica de PEOT tiene una naturaleza especial: de facilidad esencial para el despliegue y operación de la Red Dorsal, tal como fue concebido el proyecto. Así pues, se debe considerar que *"la idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes* (énfasis agregado). Bajo este régimen, *"los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (...)"* (énfasis agregado). [JONES. Alison y SUFRIN, Branda. EU Competition Law: Text Cases and Materials. Oxford University Press, 2016, p. 387. y PARADA. Ramón. Derecho Administrativo Tomo III 153 Ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 12]

²⁸ Si la contraparte no está de acuerdo con los nuevos términos planteados, no se le podrá obligar a aceptarlos.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 86

solicitan 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.

4.2.6 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS DEL PROYECTO DE MANDATO.

En sus comentarios al Proyecto de Mandato, AZTECA PERÚ señala que se encuentra de acuerdo con los fundamentos expuestos en el Informe N° 00012-GPRC/2018 respecto de la competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir un mandato que modifique la relación de compartición de infraestructura que mantiene dicho operador con PEOT, en torno a las condiciones económicas a ser aplicadas para la contraprestación periódica. En ese sentido, no se considera necesario realizar mayor análisis sobre dichos comentarios.

4.3 RETRIBUCIÓN POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA.

4.3.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (SOLICITUD DE MANDATO, RECIBIDA EL 02.11.2017):

AZTECA PERÚ sostiene que de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 13.4 del artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, en concordancia con el artículo 14 de la Ley No. 28295²⁹, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios de energía eléctrica para el despliegue de la Red Dorsal, se sujeta –entre otras– a la siguiente condición:

“b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica (...) 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.”

(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Asimismo, AZTECA PERÚ señala que la referida disposición legal fue desarrollada por el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:

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

²⁹ “Artículo 14.- Determinación de la contraprestación razonable: Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una **contraprestación razonable** por el uso de la infraestructura de uso público. (...)”. (Énfasis agregado).



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 86

30.2 (...) las contraprestaciones periódicas remunerarán la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.

(...)

30.4 La metodología para las contraprestaciones referidas en el presente artículo se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo (...)”.

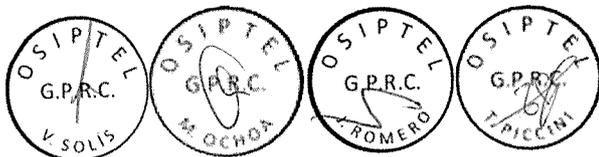
(el énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

Indica AZTECA PERÚ que la Ley de Banda Ancha y el Reglamento consideran como contraprestaciones a ser percibidas por el titular de las infraestructuras compartidas las siguientes:

- (i) La contraprestación inicial, que de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma. Se menciona, además, que la tarifa por este concepto debe ser orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- (ii) La contraprestación mensual, la cual debe ser determinada en concordancia con la Metodología, desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento.

Señala AZTECA PERÚ que con la regulación de las contraprestaciones por la adecuación de la infraestructura, por el acceso a ésta y por su uso compartido, el Estado busca que los concesionarios de servicios de energía eléctrica y de hidrocarburos, que ostentan poder de mercado por su posición privilegiada de controladores de la infraestructura existente de red, no abusen de dicha posición, imponiendo costos excesivos y/o exigiendo el pago de conceptos arbitrarios que tengan por finalidad dificultar o denegar el acceso y, más importante aún, la permanencia del cableado de fibra óptica de la Red Dorsal. AZTECA PERÚ agrega que se busca además evitar que los referidos concesionarios obtengan un provecho injustificado, en agravio de un trascendental proyecto de interés nacional y, consecuentemente, pongan en riesgo la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones que a través de dicha red se prestan.

En ese sentido, AZTECA PERÚ menciona que las empresas que ostentan poder significativo de mercado están sujetas a obligaciones o medidas específicas por la posición en la que se encuentran. A manera de ejemplo, indica AZTECA PERÚ, la legislación Europea prevé que a los operadores a los que se les haya calificado como poseedores de “poder o peso significativo en el mercado” se les pueda imponer, entre otras, “medidas de control de precios, con posible orientación a costes de



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 86

*determinados servicios o prestaciones, para evitar precios excesivos a otros operadores o a los usuarios”.*³⁰

Precisa AZTECA PERÚ que en el caso de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el Estado peruano ha impuesto la obligación de acceso y uso compartido de infraestructura a las empresas de energía eléctrica y de hidrocarburos (empresas con poder significativo de mercado por controlar una instalación esencial), con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes mediante las cuales se brindan servicios de Banda Ancha, en general, y para la Red Dorsal, en particular; siendo que ese objetivo se pierde si el titular de la infraestructura impone cobros excesivos. AZTECA PERÚ indica que la exigencia de pagos exorbitantes y conceptos adicionales no contemplados en la normatividad aplicable, en la práctica impediría el acceso y continuidad en el uso, poniendo en riesgo y/o en condiciones desventajosas o inadecuadas la prestación de un servicio público prioritario y esencial para todos los peruanos.

AZTECA PERÚ indica que a fin de garantizar que el acceso y el uso compartido de las instalaciones se realice en condiciones justas para ambas partes y a precios razonables, es que la Ley de Banda Ancha ha dispuesto que los concesionarios eléctricos y de hidrocarburos únicamente pueden demandar el cobro de los conceptos arriba mencionados (una contraprestación inicial y contraprestaciones mensuales que no superen el resultado de la fórmula prevista en el Reglamento).

Indica AZTECA PERÚ que lo anterior ha sido confirmado por el Viceministro de Comunicaciones mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, a la cual está asociada PEOT (en adelante, el “Oficio No. 520-2017-MTC/03”). En éste claramente se señala que la contraprestación por acceso y uso de la infraestructura que resulta de la correcta aplicación de la Metodología debe ser considerada un precio máximo.

Por otro lado, indica AZTECA PERÚ que no debe perderse de vista que estamos ante un proyecto declarado por Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, cuya caracterización justifica que el Estado peruano no solo ordene que se provea a AZTECA PERÚ del acceso a las redes de los concesionarios de energía eléctrica y de hidrocarburos, sino que también disponga la continuidad en el uso compartido de dicha infraestructura, garantizando que se realice bajo condiciones que no perjudiquen el despliegue y operación de la Red Dorsal.

Reitera AZTECA PERÚ que lo previsto por la Ley de Banda Ancha no es casual, sino que busca la mayor eficiencia, permitiendo el uso compartido de infraestructura para lograr beneficios que consisten en el mejor aprovechamiento social de recursos escasos y costosos. Con ello, indica AZTECA PERÚ, se producen incluso otro tipo de efectos favorables, como la reducción del impacto ambiental, sin tener un nuevo

³⁰ Haciendo referencia a la Recomendación 2003/311/CE, de la Comisión de 11 de febrero de 2003. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Lección Décimo Octava: Las infraestructuras públicas. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores E.I.R.L, 2004. p. 810-811.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 31 de 86
	INFORME	

operador que duplicar innecesariamente infraestructura, pudiendo emplear la infraestructura existente abonando una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable para el titular de la infraestructura.

AZTECA PERÚ indica que ello responde al principio de libre acceso, aplicado en aquellos servicios esenciales cuya prestación se desarrolla a partir de una infraestructura de red (como las redes de telecomunicaciones), cuyo establecimiento, mantenimiento y desarrollo requiere de importantes inversiones de capital, siendo que, en virtud de este principio, para esta clase de servicios se debe permitir el acceso a otras redes en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables³¹.

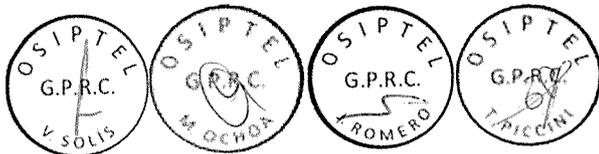
Indica AZTECA PERÚ que toda regulación de acceso obligatorio, en efecto, busca que las empresas titulares de la infraestructura no se vean perjudicadas con ello, por lo que en la regulación se les garantiza la cobertura de sus costos incrementales y un margen de utilidad razonable. Sin embargo, lo anterior tampoco significa que la regulación indicada permita que el titular de infraestructura imponga precios excesivos al solicitante de acceso, en ejercicio de su poder de mercado, pues así el régimen de acceso se desvirtúa y vacía de contenido. Es decir, la contraprestación de modo alguno debiera implicar una subvención a las actividades del titular de la infraestructura ni convertirse en una fuente de ganancias para éste, en evidente desmedro de la economía de otro bien o servicio público.

AZTECA PERÚ agrega que específicamente, la contraprestación por uso de la infraestructura eléctrica compartida en beneficio de la Red Dorsal está sujeta a un tope máximo legal, no negociable ni renunciable, que debe ser respetado por el concesionario eléctrico. Por dicha razón, indica AZTECA PERÚ, cuando alguna disposición contractual fije una retribución mayor al precio máximo regulado, dicho acuerdo deviene en inexigible.

Sin embargo, AZTECA PERÚ señala que PEOT viene haciendo caso omiso de las disposiciones vigentes en la materia y sigue exigiendo el pago de un monto que excede a todas luces el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo I del Reglamento. Ello, a decir de AZTECA PERÚ, como es evidente, no encuentra sustento en la normativa que regula el uso de la infraestructura eléctrica, sino que, por el contrario, la contradice directamente.

AZTECA PERÚ indica que cuando PEOT exige una contraprestación que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, pretendiendo valerse únicamente de las cláusulas señaladas en el Contrato de Compartición y negando la aplicación de las normas obligatorias en materia de acceso, se encuentra realizando un ejercicio

³¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 461-462.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 32 de 86

abusivo del derecho en función a su posición de dominio o estratégica³². Ello, señala AZTECA PERÚ, toda vez que busca desconocer el marco normativo bajo el cual fue suscrito el acuerdo y exigir, en atención a una cláusula contractual, una contraprestación mayor a la permitida legalmente.

Indica AZTECA PERÚ que PEOT es consciente que, con independencia de lo que las partes hubieran pactado en el Contrato de Compartición³³, el marco legal que promovió la celebración de dicho acuerdo establecía la obligatoriedad de observar la Metodología en la determinación de la contraprestación, pues el resultado de su aplicación fijaría el precio máximo exigible por uso de infraestructura eléctrica. Inclusive, el referido marco normativo es claro en establecer que la Metodología debía y debe ser aplicada en función a los criterios y parámetros que dicte el OSIPTEL en el ejercicio de su competencia interpretativa-reguladora y de supervisión.

AZTECA PERÚ menciona que, sin embargo, aprovechándose de su posición y siendo el único que cuenta con la información suficiente para determinar a cuánto asciende el máximo que deriva de la aplicación de la Metodología (lo cual denota la asimetría informativa que comentamos anteriormente), PEOT emite una factura que (según sus cálculos aproximados) no recoge lo establecido en el marco normativo vigente, exigiendo su pago antes de que ambas empresas arriben a un acuerdo en la negociación.

AZTECA PERÚ precisa que, si bien su responsabilidad es abonar el monto correspondiente por la contraprestación por el uso compartido de infraestructura eléctrica, constituye un deber de PEOT observar que el monto consignado en la factura y, por ende, cobrado a AZTECA PERÚ, no supere el precio máximo que se deriva de la aplicación de la fórmula descrita en el Anexo 1 del Reglamento, a efectos de que pueda cumplir con la normativa vigente.

Señala AZTECA PERÚ que para considerar válidas las disposiciones contenidas en el Contrato de Compartición cabría interpretarlas en el sentido que las partes buscaban que cualquier modificación normativa que diera como resultado un monto mayor al que resultaba de la aplicación de la Metodología vigente en la fecha de firma del contrato,

³² La infraestructura de PEOT resultaba crítica para poder implementar la Red Dorsal en el plazo contractual del proyecto; siendo que ello era de conocimiento absoluto de PEOT, quienes, sabiéndose en posición ventajosa, se aprovecharon de la misma para imponerles tales montos excesivos que claramente no respetan el precio máximo que arroja la aplicación correcta de la Metodología, no encontrándose AZTECA PERÚ en posibilidad real de cuestionar los montos exigidos por PEOT, considerando (i) los cortos plazos que tenía para culminar la implementación y despliegue de la Red Dorsal, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, bajo riesgo de incumplir su Contrato de Concesión, así como (ii) la asimetría informativa que existía respecto a los costos y valores involucrados en dicha compartición.

³³ PEOT pretende que el Contrato de Compartición se rija sólo por las normas del código civil cuando es evidente que estamos ante una situación de asimetría que afecta a un servicio público. Así pues, no se puede pretender desconocer que hay una regulación que precisamente entra a tallar cuando no es posible que el mercado (oferta y demanda) por sí mismo llegue a términos eficientes respecto a sus relaciones jurídicas. Estamos ante un claro caso de asimetría en el poder de negociación y por ello no cabe pretender que AZTECA PERÚ y PEOT negociaron como iguales (supuesto del Código Civil).



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 33 de 86
	INFORME	

no correspondía ser aplicada. Es decir, menciona AZTECA PERÚ, que el valor de la retribución se mantendría relativamente fijo (excepto por las variaciones en el IPC) en tanto no excediera el tope máximo regulatorio, conforme éste variara en el tiempo.

Reitera AZTECA PERÚ que, atendiendo a la finalidad de la existencia de un precio máximo establecido por el Estado peruano para garantizar un interés público mayor, AZTECA PERÚ solicitó a PEOT incorporar aquellas referencias en el Contrato de Compartición, a efectos que se adecúe la contraprestación a la regulación aplicable; es decir, que dicha contraprestación NO supere el precio tope regulado, considerando las normas a las que se sujeta dicho contrato. Sin embargo, dadas la contundente negativa de PEOT y considerando que, en realidad, únicamente se le está solicitando que cumpla con ajustarse a las normas vigentes, corresponde solicitar que el OSIPTEL ordene un mandato que resguarde el uso de la infraestructura eléctrica, garantizando la continuidad de la operación de la Red Dorsal y los importantes servicios públicos que a través de ésta se prestan.

Sobre el correcto cálculo del precio máximo en aplicación de la metodología.

AZTECA PERÚ indica que no han logrado llegar a un acuerdo respecto a cuáles son los valores que debieran observarse respecto al denominador “Na” (Número de arrendatarios) y a las variables “f” y “m” previstos en la metodología incluida en el Anexo 1 del Reglamento.

El denominador “Na”

AZTECA PERÚ indica que la Metodología señala que la contraprestación mensual por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica viene dada por la aplicación de una fórmula, que tiene entre sus variables el factor “B”. Dicho factor representa la distribución de costos entre los arrendatarios, calculándose como “1/Na”, donde el denominador “Na” representa al número de arrendatarios.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ indica que debe tenerse en cuenta que, si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por “número de arrendatarios” de la infraestructura eléctrica, esto es, si se trata de “arrendatarios potenciales” o “arrendatarios efectivos”, en atención al principio de eficiencia, no debería obligarse a ningún arrendatario a pagar por todo el espacio disponible, sino sólo por el que ocupa.

AZTECA PERÚ añade que lo anterior ya ha sido reconocido por el OSIPTEL en uno de sus pronunciamientos³⁴, señalando lo siguiente:

³⁴ Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, p. 48; a través de la cual se dicta Mandato de Compartición modificando las retribuciones pactadas en un contrato de compartición previamente celebrado, a efectos que dichas retribuciones respeten el precio tope resultante de la correcta aplicación de la Metodología.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 34 de 86

“Como se observa, si bien la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, no indica textualmente que deba considerarse como valor del “Na”, el número máximo de arrendatarios, tampoco señala que deba considerarse el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado, por lo que se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula con el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295³⁵, señalado anteriormente, respecto de que **en ningún caso el arrendatario deberá pagar por todo el espacio disponible**, lo cual obedece a **principios económicos de eficiencia.**”

(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)

³⁵ "Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público

La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:

1. Una fracción de la recuperación de la inversión realizada por la infraestructura de uso público a ser compartida, contemplando los costos de los elementos de la infraestructura, instalación y obras civiles, licencias y otras cargas tributarias, depreciación; así como el costo de oportunidad del capital, en el que está inmerso un margen de utilidad razonable.

2. Una fracción de los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios en condiciones normales de uso.

3. Los costos de administración, operación, mantenimiento y otros costos tributarios adicionales ocasionados por la introducción de otro operador en una determinada infraestructura de uso público.

Asimismo, toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.

Se deberá evitar que la contraprestación cubra costos ya pagados por la prestación de servicios, en los mercados con tarifas reguladas. En el caso de la infraestructura de uso público utilizada para la prestación del servicio de electricidad, la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público deberá reflejar el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar dicho servicio complementario; así como, el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos.

Para efectos de lo antes señalado, deben seguirse los siguientes **principios económicos**, que regirán la determinación de la contraprestación:

1. Mantener los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de uso público.

2. Mantener los incentivos para la inversión en reposición y ampliación de la infraestructura de uso público.

3. Minimizar los costos económicos de proveer y operar la infraestructura de uso público, a fin de maximizar la eficiencia productiva.

4. Minimizar el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición.

5. Evitar subsidios cruzados, duplicidad de cobros y distorsiones similares.

6. Recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura de uso público, con un margen de utilidad razonable.

En tanto y en la medida que no sea posible obtener información de costos para determinar la contraprestación conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, se podrá utilizar como referente los cargos que se pagan por el uso de infraestructura de similar naturaleza, prestados en circunstancias parecidas, siempre que el referente sea tomado de mercados nacionales o internacionales razonablemente competitivos." (énfasis y subrayado agregados) [Reglamento de la Ley No. 28295, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2005-MTC]



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 35 de 86

De ese modo, indica que la propia definición del denominador “Na” ha sido desarrollada por el OSIPTEL señalando que es *“equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad”*⁸⁶.

Por tanto, para AZTECA PERÚ resulta claro que por “número de arrendatarios” debe entenderse al número máximo de arrendatarios a los que es posible dar acceso a la infraestructura eléctrica. No obstante, señala que PEOT no ha tenido en cuenta dicho criterio para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que (según sus cálculos referenciales) siempre ha considerado que el Na es igual a uno (1); es decir, PEOT considera que AZTECA PERÚ debe pagar por todo el espacio potencial que existe en su infraestructura.

Sin embargo, señala AZTECA PERÚ que el valor del “Na” que PEOT debe considerar es, por lo menos, igual a tres (3), puesto que es ése el número potencial de arrendatarios que como mínimo podrían albergar su infraestructura. Ello ha sido reconocido por el MTC a través de la Resolución Viceministerial y explicado en el respectivo informe sustentatorio, Informe N° 292-2017-MTC/26. En los escenarios modelo de aplicación de la fórmula que se desarrollan en éste, el MTC asume que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general potencial de cuando menos tres (3) arrendatarios.

AZTECA PERÚ indica que precisamente, en función a criterios de espacio³⁷ y de peso³⁸, el MTC (en concordancia con los pronunciamientos de la autoridad intérprete

³⁶ Página 7 del Informe No. 0053-GPR/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 036-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res036-2017-cd/Res036-2017-CD_Inf053-GPRC-2017.pdf; página 13 del Informe No. 00150-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 090-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res090-2017-cd/Res090-2017-CD_Inf150-GPRC-2017.pdf; página 48 del Informe No. 0029-GPRC/2017 cuyos fundamentos se incorporan en la Resolución No. 020-2017-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res020-2017-cd/Res020-2017-CD_Inf029-GPRC-2017.pdf; página 17 del Informe No. 00223-GPRC/2016 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 070-2016-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/070-2016-cd-osiptel/Informe223_GPRC-2016_Resolucion070-2016_CD.pdf; página 26 del Informe No. 00329-GPRC/2015 cuyos fundamentos se incorporan a la Resolución No. 0105-2015-CD/OSIPTEL, disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/105-2015-cd-osiptel/Informe329-GPRC-2015_Res105-2015-CD.pdf

³⁷ El **criterio por espacio** “determina el porcentaje de espacio utilizable por los operadores de telecomunicaciones en relación al espacio total del poste/torre” [Informe 292-2017-MTC/26, p. 7]. Es decir, determina cuál es el espacio que teóricamente ocuparía cada arrendatario en la infraestructura eléctrica

³⁸ El **criterio por peso** “determina el ratio del peso asociado a los cables de telecomunicaciones en relación al peso de los conductores eléctricos (...)” [Informe 292-2017-MTC/26, p. 8]. Es decir, del peso total que soporta la infraestructura eléctrica, este criterio determina qué porcentaje correspondería potencialmente a un arrendatario.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 36 de 86

competente - OSIPTEL) ha estimado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que la infraestructura eléctrica cuenta con una capacidad general para que cuando menos tres (3) cables de fibra óptica sean los que puedan colgarse de aquella, por lo que tres (3) sería el número mínimo de arrendatarios potenciales. Agrega AZTECA PERÚ que atendiendo a la potencialidad de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador "Na" del factor "B" debe ser igual o mayor a tres (3), en función a la capacidad nominal de dicha infraestructura, sobre la base de las distancias mínimas de seguridad reguladas por la normatividad eléctrica.

*"Debe de hacerse notar que **en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios**"³⁹ (énfasis agregado)*

*"Finalmente, para determinar la variable "f", **se consideró el peso de tres (03) cables de fibra óptica y el peso de una terna, es decir tres (03) conductores por línea de transmisión (...)***

*Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, **que podría atender a tres (03) operadores.**"⁴⁰
(el subrayado y énfasis son de AZTECA PERÚ)*

Indica AZTECA PERÚ que en esa línea, basándose en el artículo 34 de la Ley N° 28295⁴¹, mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones recientemente buscó despejar las dudas que pudiera existir respecto a lo anterior e informó a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (y por ende a PEOT) que el valor del parámetro Na no se determina en función al número de arrendatarios efectivos de la infraestructura compartida, sino que debe ser igual a 3, en función al criterio de potencialidad⁴².

AZTECA PERÚ señala que de acuerdo con lo anterior, el valor que corresponde a "Na" siempre debió ser considerado como el número potencial de arrendatarios de la

³⁹ Informe 292-2017-MTC/26, p. 8

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Ver Nota al Pie No. 20.

⁴² AZTECA PERÚ considera que lo manifestado por el MTC es importante pues confirma que la manera como ha estado aplicando la Metodología PEOT es incorrecta. Mediante el Oficio No. 520-2017-MTC/03 **queda demostrado que atribuir el valor de uno (1) al denominador "Na" es equivocado e incluso ilegal**, pues vulnera lo previsto en el artículo 34 del reglamento de la Ley No. 28295. Al estar trasladando a AZTECA PERÚ costos propios de todo el espacio disponible en sus infraestructuras y no solamente del espacio que efectivamente AZTECA PERÚ usaba, PEOT ha actuado en contravención del marco jurídico, afectando la operación de un proyecto declarado de interés nacional. Ahora bien, en razón al presente procedimiento, corresponde al OSIPTEL confirmar si el denominador "Na" debe ser tres (3) en todos los casos, como lo menciona el MTC, o si, como postula AZTECA PERÚ, en función a los criterios de distancia y de peso que anteriormente ha establecido el OSIPTEL, es posible que las infraestructuras eléctricas de PEOT tengan capacidad de alojar a más de tres (3) cables de fibra óptica, y por lo mismo, el denominador "Na" debe ser mayor de tres (3).



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 37 de 86
	INFORME	

infraestructura eléctrica; esto es, un valor igual o mayor a tres (3), lo que no ha estado siendo tomado en consideración por PEOT cuando les factura la contraprestación.

Considera AZTECA PERÚ que los criterios expuestos respecto a la determinación del denominador "Na", claramente definido por el OSIPTEL en diversos informes sustentatorios de mandatos de acceso, deberán también ser aplicados en el presente caso en virtud al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima que se encuentra amparado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, que no son más que una extensión del Principio de Seguridad Jurídica que reconoce implícitamente nuestra Constitución Política:

*"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - (...) **Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos**, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, **la autoridad administrativa no puede variar irrazonablemente e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.**" (el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ)*

AZTECA PERÚ indica que respecto al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido que este precepto, consustancial al Estado constitucional de derecho, "busca asegurar a las personas una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, quienes deben desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"⁴³ (subrayado agregado). Señala AZTECA PERÚ que la naturaleza superior de este principio ha quedado en manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

"El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informe a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de arbitrariedad. Tal como lo estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ. 5). Este principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el

⁴³ Sentencia recaída en el Expediente No. 0001/0003-2003-AI/TC.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 38 de 86

*Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.*⁴⁴
(el énfasis y subrayado son de AZTECA PERÚ).

En atención a lo señalado, solicita que el OSIPTEL se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, indique cual es el valor de “Na” que PEOT y AZTECA deben considerar en la aplicación de la Metodología.

La correcta aplicación del valor de “Na” forma parte del marco normativo bajo el cual fue suscrito el Contrato de Compartición:

AZTECA PERÚ señala que en ningún caso la modificación normativa y/o los criterios interpretativos del OSIPTEL y del MTC, con relación a la correcta aplicación del valor de “Na”, respectivamente: constituyen un cambio en las condiciones contractuales que fueron fijadas⁴⁵.

Indica que por aplicación inmediata y directa de la normativa vigente, si la contraprestación pactada en un contrato continúa siendo menor al precio tope regulatorio, dicho monto podrá continuar siendo cobrado; sin embargo, si el monto acordado es mayor al precio tope regulatorio, únicamente podrá exigirse el pago de ese último.

Señala que en tanto el marco normativo vigente a la fecha de celebración del Contrato de Compartición, preveía la existencia de un precio máximo regulado conforme al Reglamento y sujeto a los criterios y parámetros que definiese en su aplicación OSIPTEL: la modificación de los valores de la Metodología y los pronunciamientos de OSIPTEL implican un recálculo automático del precio tope, al cual necesariamente debe adaptarse la relación contractual entre AZTECA PERÚ y PEOT.

En atención a lo señalado, solicita al OSIPTEL que se pronuncie con respecto a cómo debe ser calculado el precio máximo regulatorio y, con ello, cuál es el valor que PEOT y AZTECA PERÚ deben considerar para el denominador “Na”, para a partir de ello determinar el valor final del precio máximo que podrá ser facturado por PEOT y pagado por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de PEOT, a partir de la correcta aplicación de la Metodología.

4.3.2 POSICIÓN DE PEOT (Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 20.11.2017):

PEOT no realiza mayor comentario sobre este aspecto, salvo el comentario efectuado conforme al numeral 4.2.2 del presente informe.

⁴⁴ Sentencia recaída en el Expediente No 0016-2002-AI/TC.

⁴⁵ En ese sentido, no nos encontramos frente a un supuesto en el que se vulnere lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dado que de modo alguno se está alegando que las modificaciones legislativas en el tiempo se encuentren alterando las cláusulas pactadas en un contrato. Por el contrario, se trata de una observación fiel a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, en tanto AZTECA busca que PEOT observe que debe cumplir con la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 39 de 86

4.3.3 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Escrito N° 2 recibido el 27.11.2017):

4.3.3.1 Sobre el valor del factor “Na” de la metodología.

AZTECA PERÚ manifiesta que en todas sus comunicaciones, PEOT ha señalado que, para la determinación de la contraprestación pactada con AZTECA PERÚ, se encuentran aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento, para lo que consideran que el factor “Na” equivale a uno (1), sin que presente justificación alguna de la atribución de dicho valor.

Indica que con independencia de la capacidad de la infraestructura eléctrica para soportar un número determinado de cables o el número de arrendatarios con los que cuente, el valor del factor “Na” siempre fue considerado en la Metodología con un valor igual a tres (3) desde la emisión del Reglamento. Por ello, señala que AZTECA PERÚ no se encuentra solicitando que se aplique un nuevo valor al factor “Na”, sino que se aplique el valor correcto (tres), al calcular la nueva contraprestación por el uso de la infraestructura eléctrica de PEOT.

Refiere que se debe tener en cuenta que la Metodología que calcula a cuánto asciende la contraprestación máxima por el uso de la infraestructura eléctrica tiene como propósito determinar cuál es el máximo costo incremental que se generaría a una torre o poste de electricidad por apoyar un cable de fibra óptica de telecomunicaciones, por lo que desde el Reglamento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones estableció que el referido costo incremental se encuentra en función directa al peso incremental que la fibra óptica causa en la instalación eléctrica. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una relación entre las variables “f” (peso adicional de cables de los arrendatarios) y “Na” (número de apoyos o arrendatarios), puesto que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables.

Manifiesta que ello, es explicado claramente en el Informe Económico denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”) (Anexo 3-A), como se observa a continuación:

“El Informe que sustenta dicho dispositivo (Informe No 292-2017-MTC/26, el “Informe No. 292”) no deja lugar a dudas que existe una relación directa entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios de apoyos) y Na (número de apoyos o arrendatarios): la medición de la variable f consideró que el número de apoyos es igual a 3, es decir Na (número de arrendatarios=3).

Esta interdependencia entre la variable f y el Na obedece a la racionalidad económica prevista en la Ley No. 29904 y su reglamento, que busca incrementar la penetración de Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

En ese sentido, el valor de f= 18.3% de la RVM de 2017 debe, necesariamente y tal como lo señala dicho Informe, entenderse que equivale al costo adicional que



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 40 de 86

3 apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica y, por tanto, **la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a la 1/3 parte de ese resultado; es decir a $f/N_a = 18.3\%/3 = 6.1\%$.**

El Informe No. 292 también establece de manera categórica que desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC, el "Reglamento"), se consideró que el valor de f correspondía a un acumulado de 3 apoyos. La misma consistencia entre f y N_a también fue establecida en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial de Junio de 2015, donde la única diferencia fue que en dicho Proyecto se proponía un valor de $f=4.3\%$ considerando que el número de apoyos o arrendatarios era 1.)"¹¹⁴⁶ (énfasis y subrayado es de AZTECA PERÚ)

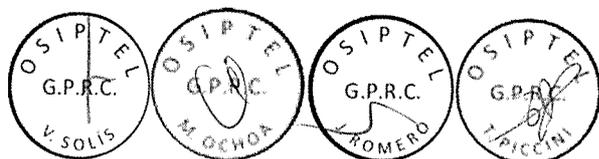
Explica que en su Escrito No. 1, la lógica económica detrás de la interrelación directa de los factores "f" y "Na" y, por lo mismo, que la única alternativa razonable para la determinación de los precios máximos de compartición sea asignarle un valor de tres (3) a esta última en el caso de infraestructuras de media y alta tensión se encontraba explicada por el propio MTC en el Informe No. 292-2017-MTC/26. Asimismo, refiere que el economista Arturo Briceño lo ha entendido así, como se aprecia del siguiente extracto de su informe:

"El Informe No 292-2017-MTC/26 establece claramente que, desde la concepción del Reglamento de Banda Ancha existe una relación entre los valores de las variables f (peso adicional de cables de los arrendatarios) y N_a (número de apoyos o arrendatarios). Como se señaló anteriormente, el objetivo de la Fórmula y de la metodología aplicada por el Estado peruano a través de ella, era determinar cuál es el costo incremental que le ocasiona a una torre o poste eléctrico el apoyar un cable de fibra óptica de un operador de telecomunicaciones. El criterio finalmente usado por el MTC fue asumir que el costo incremental está en función directa del peso incremental que dicha fibra óptica causa en la instalación eléctrica.

En concordancia con la sección 2.4 del referido Informe, el MTC afirma que, en la Fórmula del Reglamento (publicado y vigente desde el 2013), el criterio de peso o espacio a través del cual se mide f consideró que el número de apoyos o arrendatarios es igual a 3, es decir $N_a = 3$. Así, el valor $f=20\%$ acumula el peso de 3 cables (arrendatarios) de fibra óptica en un determinado poste o torre, y por lo tanto la remuneración a pasar por cada apoyo era igual a $f/N_a = 20\%/3$ o 6.67% .

Similarmente, la sección 2.5 del Informe, que sustenta la RVM No. 768-2017-MTC/03, también considera que el número de arrendatarios de apoyos es igual a 3. Más específicamente el MTC estima la siguiente relación f (p. 12):

⁴⁶ Ver Informe económico, p. 3.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 41 de 86

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} * \text{Peso promedio por cable FO}}{\text{Peso promedio línea de transmisión}} = (\text{Fórmula 2})$$

$$f = \frac{3 \text{ cables FO} * 139.23 \text{ kg/cable}}{2,279.98 \text{ kg}} = 18.3\%$$

Por consiguiente, el peso acumulado de 3 cables apoyados en una línea de transmisión entre el peso de la línea es 18.3%, y por tanto la remuneración por el acceso y uso de cada apoyo es igual a $f/Na = 18.3\%/3 = 6.1\%$.⁴⁷ (Énfasis y subrayado de AZTECA PERU)

Indica además que el Informe No. 292-2017-MTC/26, de fecha 4 de agosto de 2017⁴⁸, que sustenta la Resolución Viceministerial, señala claramente que, para que de la Metodología resulte un valor de contraprestación periódica razonable y acorde con los principios económicos (es decir, para que cumpla la finalidad dispuesta por el Reglamento), debe asumirse (en aplicación de la metodología económica definida por el Estado peruano para el cálculo del precio máximo por acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de Banda Ancha; en particular, de la Red Dorsal) que las infraestructuras de soporte eléctrico tienen la capacidad de soportar tres (3) arrendatarios. Considerando ello, manifiesta que 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) para los postes de media y alta tensión.

Señala que resulta claro que el factor "Na" es igual a tres (3), pues se encuentra en función al valor señalado para la variable "f" (peso correspondiente a tres cables de fibra óptica), refiere que lo que ha sucedido es que se ha aplicado incorrectamente la Metodología. Ello, puesto que se consideró un costo incremental que correspondía al peso de tres (3) cables de fibra óptica (valor de "f"), pero únicamente con la existencia de un cable ("Na" = 1), como lo reconoce PEOT en su escrito, lo que conllevó a que los operadores de telecomunicaciones, como AZTECA PERÚ, asumieran un costo tres (3) veces mayor al que les correspondía.

"La interpretación práctica de la Fórmula tarifaria del Reglamento ha sido incorrectamente entendida en las negociaciones bilaterales entre operadores de telecomunicaciones y empresas eléctricas, debido a que el valor del parámetro f había sido interpretado por las partes como que correspondía al alquiler de 1 sólo apoyo, cuando en realidad la regulación considera el costo adicional de 3 apoyos para cables de fibra óptica. En otras palabras, para la remuneración de 1 apoyo se utilizó valores correspondientes a la cuarta columna del cuadro, en lugar de los valores establecidos en la quinta columna.

De allí que las remuneraciones efectivamente pagadas por la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) a las eléctricas privadas están muy por

⁴⁷ Ver Informe económico, p. 7.

⁴⁸ https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metología_M_y_F.pdf (revisado el 20 de noviembre de 2017).



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 42 de 86

encima de las que resultarían si se utilizara la Fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, como ha sido señalado con claridad al sustentar las modificaciones plasmadas ahora en la RVM No. 768 de agosto de 2017.

La manera más expedita de la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 la remuneración mensual (RM) que actualmente se viene pagando, debido a que se había asumido incorrectamente que el valor del parámetro f correspondía a un sólo apoyo, cuando en realidad corresponde a 3 apoyos. En nuestro último ejemplo, si por un apoyo se paga hoy día se paga una remuneración de USD\$52 mes, la remuneración a partir de una correcta aplicación de la Fórmula debe ser de USD\$50.7 mes ($=\$152.0/3$).⁴⁹

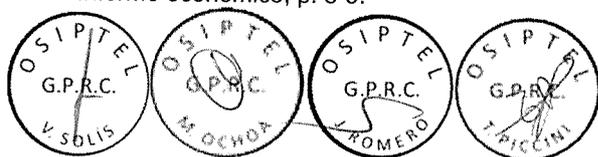
Considera que la aplicación errónea de la fórmula de la Metodología que determina la contraprestación máxima por uso de infraestructura de energía eléctrica genera que los operadores de telecomunicaciones se encuentren pagando un monto tres (3) veces mayor al que le corresponde por el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en las torres y/o postes de electricidad. Es así que, a la fecha, a AZTECA PERÚ se le exige el pago de una contraprestación mayor a la máxima permitida legalmente y que no se corresponde con el espacio que ocupa su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

Refiere que dicha situación debe ser revertida, siendo el caso que AZTECA PERÚ solicitó, sin éxito, la modificación de la contraprestación señalada en el Contrato de Compartición; motivo por el cual solicita la intervención del Consejo Directivo del OSIPTEL para que, mediante la emisión de un mandato, determine correctamente la contraprestación que AZTECA PERÚ debe abonar a favor de PEOT por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, atendiendo al marco normativo vigente y los principios legales y económicos que rigen tal relación de compartición.

AZTECA PERÚ señala además que la finalidad de la existencia de una Metodología que determina una contraprestación máxima es garantizar el despliegue y operatividad de la Red Dorsal bajo precios promedios en el mercado (evitar las barreras económicas y beneficios indebidos que pretendan imponer las empresas eléctricas). Dicha fórmula siempre debe proteger la eficiencia económica por la compartición de la infraestructura y resguardar que el operador de telecomunicaciones únicamente pague un monto por el espacio que, al diseñar y plantear la Metodología, se estimó que ocuparía la infraestructura compartida.

En dicho escenario, manifiesta que el Consejo Directivo de OSIPTEL (a través de la emisión de un mandato) debe resguardar la viabilidad del proyecto de la Red Dorsal y el cumplimiento de las normas aplicables, garantizando que las condiciones económicas por el uso compartido de la infraestructura eléctrica observen el principio de eficiencia económica y, con ello, los operadores de telecomunicaciones únicamente paguen por el espacio que ocupan sus cables de fibra óptica.

⁴⁹ Ver Informe económico, p. 8-9.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 43 de 86

Indica que el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica que guarde correspondencia con el espacio que ocupa el cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones en la torre o poste permitirá una reducción de tarifas que beneficiará a incrementar la penetración de la banda ancha en zonas de preferente interés nacional del país.

“La reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión también beneficiará directamente a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a que se reducirán costos en sus estructuras de producción, coadyuvando de esta manera a alcanzar los objetivos del Estado peruano tendientes a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país; uno de los principales objetivos que justamente buscó el Estado peruano alcanzar a partir de la promulgación de la Ley No. 29904 y su Reglamento. El efecto de la disminución de tarifas de apoyos generará una caída en el costo marginal de la industria, lo cual se traducirá en aumentar el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida).

(...)

El efecto de la caída en el costo marginal -a consecuencia de la reducción de remuneraciones de arrendamiento de apoyos- es que aumenta el bienestar de la sociedad (consumidores e industria), equivalente a la suma de las áreas sombreadas en color amarillo (B+C+D+E), debido a que mejora la eficiencia económica (menor precio y mayor cantidad consumida y vendida)⁵⁰

Refiere que incluso, el Informe económico corrobora que la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica cobrada a AZTECA PERÚ se encuentra muy por encima de las tarifas fijadas en otros países de la región, lo cual demuestra un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas, que se encuentran estableciendo una barrera económica al acceso y uso de una facilidad esencial, como es su infraestructura eléctrica, para el despliegue de la Red Dorsal.

“Otra evidencia esclarecedora de que las tarifas actuales contienen utilidades por encima de las normales es compararlas con las existentes en otros países en donde se tiene una regulación que busca fijar tarifas remuneraciones cercanas a valores eficientes. En Colombia, un apoyo en una torre de más alta tensión tiene una remuneración de \$43.6 apoyo/mes. En México y Chile, las tarifas mensuales son menores a USD 1.00 dólar: USD 0.72/apoyo/mes en México y menos de ¼ de dólar al mes en Chile⁵¹

“La presencia de remuneraciones excesivas de postes y torres de alta y media tensión fijadas por las empresas privadas eléctricas, es decir remuneraciones muy por encima de aquellas competitivas existentes en otros países (basadas en

⁵⁰ Ver Informe económico, p. 4 y 13.

⁵¹ Ver Informe económico, p. 4.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 44 de 86

*costos incrementales más un margen de utilidad razonable), refleja un excesivo poder de mercado de las empresas eléctricas en la provisión del servicio de apoyos.*⁵²

Señala además que ha quedado demostrado que a través del sustento económico, el valor del factor “Na” es igual a tres (3). Ello, dado que cualquier otro escenario no permitiría garantizar la eficiencia económica en la compartición de infraestructura, pues generaría que el operador de telecomunicaciones cancele un monto mayor al que le corresponde por el espacio ocupado en las torres o postes de las concesionarias eléctricas.

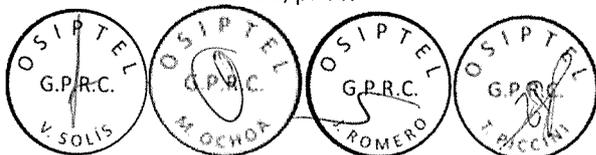
En consecuencia, refiere que para el cálculo y determinación del valor de la nueva contraprestación que ha solicitado AZTECA PERÚ para su relación con PEOT, conforme a la Metodología, corresponde que el Consejo Directivo adopte que el valor del factor “Na” es igual a tres (3).

Solicita que el Consejo Directivo reconozca que existe una diferencia respecto a aquellos casos de compartición de infraestructura eléctrica a favor de empresas de telecomunicaciones bajo el régimen general de la Ley No. 28295, en los que aplicó supletoriamente la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904: bajo dicho régimen no existe una disposición imperativa respecto a la observancia de precios máximos igual ni similar a la contenida en el numeral 30.4 del artículo 30 del Reglamento. Es decir, en aquellos casos regulados por la Ley No. 28295 y su reglamento, las empresas tienen plena libertad de negociación en lo que respecta a la contraprestación, por lo mismo, el que se aplique correctamente o no la Metodología es irrelevante, pues lo que importa al final bajo dicho régimen es que ambas empresas estén de acuerdo en pagar el monto resultante.

Manifiesta además que si en los procedimientos de mandato que se han dado bajo dicho régimen OSIPTTEL aplicó o no la información y criterios correctos que correspondían en la Metodología, no afectaba el interés público, porque dicho ordenamiento no prevé una regla de precios tope. Situación distinta se presenta en este caso, donde el Consejo Directivo debe resguardar el interés nacional y la necesidad pública que se ha reconocido en que el operador de la Red Dorsal no pague más de lo que el Reglamento ha establecido como “precio máximo” por el uso de la infraestructura eléctrica.

En ese sentido, considera que en este procedimiento el Consejo Directivo debe revisar los criterios que ha venido aplicando y, en particular, aclarar que en los supuestos de compartición de infraestructura eléctrica de media y alta tensión bajo la Ley No. 29904 corresponde necesariamente asignar el valor de tres (3) al factor “Na”, en tanto cualquier otro criterio implicaría que el resultado de la fórmula contenida en la Metodología, en su calidad de “precio máximo”, sea distorsionado, en perjuicio de la sostenibilidad del proyecto de la Red Dorsal, vulnerando los principios económicos de

⁵² Ver Informe económico, p. 11.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 45 de 86

la lógica regulatoria y afectando a la larga el beneficio social propio de la consolidación de la Banda Ancha en país.

4.3.3.2 Informe denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, del 20 de noviembre de 2017.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe en el cual destaca la relación directa existente entre los valores de las variables “f” y “Na” expuesta en el Informe que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017 MTC/03 cuya interdependencia, basada en el hecho de que la medición de la variable f ha considerado un número de apoyos igual a tres, también se evidencia en el Proyecto de Resolución Viceministerial 215-2015-MTC/03. En base a ello, se argumenta que el valor de la variable f igual a 18.3% debe entenderse como equivalente al costo adicional que tres apoyos utilizados por cables de fibra óptica ocasionan en una infraestructura eléctrica, de tal modo que la remuneración por el uso de la infraestructura por un cable de fibra óptica debe ser igual a 6.1%, cifra que representa la tercera parte de dicho valor.

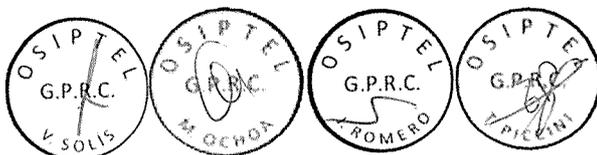
En tal sentido, en dicho informe se afirma que las remuneraciones asumidas por el operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica han sido determinadas mediante una aplicación errónea de la fórmula establecida en el Anexo 1 Reglamento de la Ley No 29904, al asumirse que el valor del parámetro f correspondía a un solo apoyo o cable de fibra óptica. Por tal motivo, se indica que el valor derivado de la correcta aplicación de la fórmula se obtendría al dividir entre tres a la remuneración mensual que paga el operador de la Red Dorsal por el acceso y uso a la infraestructura eléctrica. Además, se menciona la existencia de amplia evidencia que demuestra que los valores actuales de las remuneraciones mensuales por el uso de apoyos se encuentran muy por encima de los costos más un margen de utilidad razonable.

Finalmente, se expresa que la reducción de remuneraciones de apoyos de media y alta tensión beneficiará a las redes nacionales, regionales de Banda Ancha y a los proveedores de acceso a Internet, debido a la reducción de costos en sus estructuras de producción. Así, se explica que este hecho contribuirá a alcanzar los objetivos del Estado dirigidos a incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de interés nacional en el país.

4.3.4 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

a) Determinación de la contraprestación periódica (Renta Mensual)

El Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 detalla la fórmula que determinará el valor de la contraprestación periódica o renta mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (postes y/o torres). Dicho valor de renta mensual está definido como una retribución por la operación y mantenimiento adicional (costo incremental), asignable a cada arrendatario.



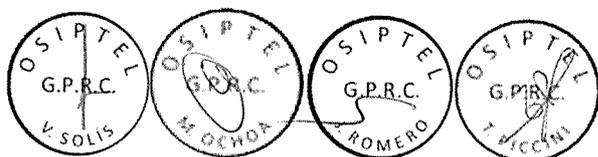
	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 46 de 86
	INFORME	

De esta manera, este costo incremental corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el operador eléctrico en su línea de distribución o transmisión, a consecuencia de la instalación de cables de comunicación soportados en los postes o torres de dicha línea de distribución o transmisión. Es decir, si no hay ningún arrendatario en un momento determinado, no se genera ningún costo incremental, adicional al costo de operación y mantenimiento habitual que asume el operador eléctrico en un escenario sin compartición. No obstante, cuando un primer arrendatario accede a dicha infraestructura, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario. Esto es debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario por lo que es totalmente asignable a éste (concesionario de telecomunicaciones).

En este punto hay que aclarar la diferencia entre el costo por operación y mantenimiento que debe asumir habitualmente el operador eléctrico por su infraestructura (costo de operación y mantenimiento sin compartición) y el costo de operación y mantenimiento incremental (adicional) derivado de la instalación de un cable de comunicaciones por parte de un concesionario de telecomunicaciones (operación y mantenimiento incremental). Este costo adicional (por cada cable de comunicación instalado) ha sido dimensionado por el MTC, como se verá más adelante, en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin compartición). Así, cada cable que se instala en la infraestructura de soporte eléctrico generará, desde el momento de su instalación y de acuerdo a lo estimado por el MTC, un sobre costo del 6,1% del costo de operación y mantenimiento habitual, el cual es pagado a través de la renta mensual establecida al arrendatario.

Es decir, si en un momento determinado dos arrendatarios accedieran a un mismo poste o torre, generarían en conjunto un costo incremental de 12,2% del costo de operación y mantenimiento habitual, y si fueran tres arrendatarios generarían, en conjunto, como costo incremental, un 18,3% del costo de operación y mantenimiento habitual; y así sucesivamente, hasta completar la cantidad máxima de arrendatarios que pueda soportar una determinada infraestructura de soporte eléctrico.

No obstante, debe señalarse que la renta mensual establecida en el contrato suscrito entre PEOT y AZTECA PERÚ, el 29 de abril de 2016, no reflejaría la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, vigente en el momento de la suscripción del referido contrato en noviembre del 2015 (valor del parámetro "f" = 20%), considerando el pago que debe realizar un arrendatario, que pudiera haberse calculado con la fórmula vigente en dicha fecha:



N°	CÓDIGOS DE LA BASE DE DATOS "MOD INV_2017"	RETRIBUCIÓN MENSUAL APLICANDO FORMULA 2015 (Por 01 arrendatarios, US\$ sin IGV)	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA DEL CONTRATO (Por 01 arrendatario, US\$ sin IGV)
1	TA060SIR1S1C1120S±0	4,20	22,00
2	TA060SIR1S1C1120S+3	4,60	22,00
3	TA060SIR1S1C1120S+6	5,10	22,00
4	TA060SIR0D1C1120S±0	5,70	22,00
5	TA060SIR1S1C1120A-3	5,70	22,00
6	TA060SIR0D1C1120S+3	6,30	22,00
7	TA060SIR1S1C1120A±0	6,30	22,00
8	TA060SIR1S1C1120A+3	7,00	22,00
9	TA060SIR1S1C1120B-3	7,70	22,00
10	TA060SIR1S1C1120B±0	8,60	22,00
11	TA060SIR1S1C1120B+3	9,60	22,00

De esta forma, se aprecia que, aplicando la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y considerando el pago de tres arrendatarios, las rentas mensuales generadas están, en todos los casos, muy por debajo de los precios acordados en el contrato, situación que no genera convicción respecto de la aplicación de la citada fórmula en el Contrato.

Fórmula aplicable para el cálculo de la Renta Mensual

El valor de la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de soporte eléctrico (RM), según lo dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y modificatoria, se determinará aplicando la siguiente fórmula:

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

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

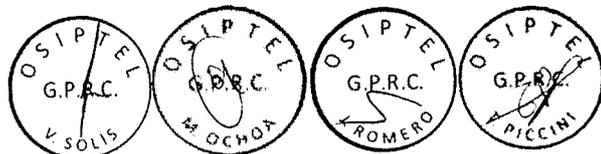
OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

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:

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%** para baja tensión y **84,3%** para media y alta tensión.

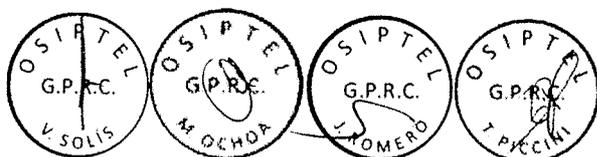
(Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros).

l : **7,2%** para baja tensión.

h : **13,4%** para media o alta tensión.

Asimismo, la aplicación de la fórmula establecida en Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, da como resultado la contraprestación mensual que corresponde aplicar, por el acceso y uso de cada poste o torre, a un único operador de telecomunicaciones por la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Esta definición se basa en la premisa que cada operador que accede a la infraestructura de soporte eléctrico, instalará un (01) cable de comunicación, por lo que si algún arrendatario requiere instalar más de un cable de comunicación en el referido poste o torre, éste deberá pagar tantas veces el monto de la contraprestación mensual unitaria que se determine como cables haya instalado en dicho poste o torre.

Cabe señalar, que mediante la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de agosto del 2017, el MTC modificó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, referida anteriormente, en cuanto a los valores de los parámetros "f" y "m", siendo los valores indicados anteriormente, los vigentes a la fecha.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 49 de 86

De manera específica, respecto del parámetro “f” se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>f = 20% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>f = 20% (para baja tensión)</i>
	<i>f = 18,3% (para media y alta tensión)</i>

Dicho componente representa la fracción del costo de OPEX mensual de la infraestructura sin compartición (componente denominado “OMs”), que equivale al OPEX que se genera de manera adicional como consecuencia de la compartición (componente denominado “OMc”).

De otro lado, respecto del parámetro “m” que expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros, se realizó la siguiente modificación:

Antes de la modificatoria	Con la modificatoria
<i>m = 77% (para baja, media y alta tensión)</i>	<i>m = 77% (para baja tensión)</i>
	<i>m = 84,3% (para media y alta tensión)</i>

Valor que corresponde considerar como “Na” (número de arrendatarios).

Refiriéndonos concretamente a la normativa vigente, la lectura de la exposición de motivos de la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03 nos permite concluir que, la retribución mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientado al costo económico incremental adicional, en el que incurre el operador eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación; el cual fue dimensionado por el MTC en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico (resultado de dividir 139,23 Kg/Km entre 2.279,98 Kg/Km), en un escenario sin compartición.

En efecto, en la exposición de motivos de la resolución que aprueba los nuevos valores para “f” y “m”, según lo detallado anteriormente, se señala el siguiente texto:

“...
 Para el cálculo de la variable “f” utilizando el criterio de peso, y a fin de mantener consistencia con el criterio de espacio señalado en el párrafo anterior, **se considera que un poste/torre puede soportar tres (03) cables de fibra óptica, tal cual se considera en el criterio por espacio.**”



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 50 de 86

De modo que el valor variable “f” utilizando el criterio de peso se determina de la siguiente manera:

$$f = \frac{\text{Peso promedio de cables de FO}}{\text{Peso promedio de LT}} \times 100$$

$$\textcircled{3} \times \frac{139.23}{2,279.98} \times 100 = 18.3\%$$

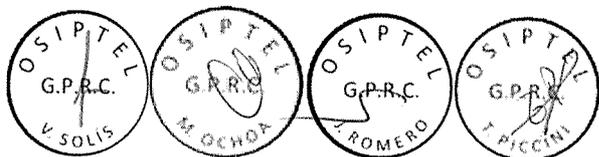
De los resultados obtenidos tenemos que el valor de “f” según el criterio de pesos es de 18,3% y según el criterio de espacios (metodologías del 2013) es de 17%.

A fin de determinar la variable “f”, esta Dirección General propone la utilización del mayor valor entre ambos criterios, es decir el valor de 18,3%, válido para Media y Alta tensión.” (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, el valor del 18,3% es el resultado de multiplicar por 3, el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión). Lo señalado se encuentra debidamente fundamentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26^[53], el cual sustenta la aprobación de la modificación normativa señalada anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 03 cables de comunicación.

Cabe señalar que el citado dimensionamiento que se realiza para calcular el costo incremental total es aún más evidente al observar el proyecto publicado para comentarios en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de febrero del 2017, según lo dispuesto por la Resolución Vice Ministerial N° 133-2017-MTC/03, en el cual se propuso un valor de “f” = 5,8%, debido a que se consideró la instalación de 01 único cable de comunicación (según lo señalado expresamente en la exposición de motivos de la resolución que aprobó la publicación para comentarios del proyecto y en su informe sustentatorio), y no 03 cables de comunicación considerados en la determinación del valor de “f” = 18,3%, tal como se muestra en el siguiente esquema:

⁵³ De fecha 04 de agosto de 2017, disponible en la página web del MTC http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/Informe_292-2017-MTC-26-Metolog%C3%ADa_M_y_F.pdf



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 51 de 86
	INFORME	

PROYECTO PARA COMENTARIOS (Resolución N° 133-2017-MTC/03)	APROBACIÓN DE LA MODIFICATORIA (Resolución N° 768-2017-MTC/03)
El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 01 cable de comunicación	El dimensionamiento del costo total de compartición considera la instalación de 03 cables de comunicación
Valor de "f" = 5,8% (para media y alta)	Valor de "f" = 18,3% (para media y alta)
Resultado del ratio entre el valor de 132,5 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)	Resultado de multiplicar por 3 , el ratio entre el valor de 139,23 Kg/Km (peso promedio por cable de fibra óptica), entre el valor de 2.279,98 Kg/Km (peso promedio por línea de transmisión)

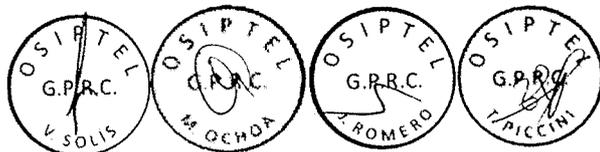
En razón de ello, y con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (03). En este punto es necesario señalar que tomando en cuenta las ventajas de un medio de transmisión como lo es la fibra óptica, en términos de capacidad de transporte, se ha considerado que un cable de comunicación será instalado por un arrendatario.

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

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

A modo de ejemplo, si un poste o torre puede albergar hasta dos (02) operadores, la aplicación de un "Na" = 02 deriva en que la Renta Mensual calculada esté sobredimensionada (pues el costo incremental total está dimensionado para 03 cables de comunicación). En ese escenario, el arrendatario pagará más respecto de lo que debió haber pagado. Sin embargo, si aplicamos un "Na" = 03, obtenemos un valor de contraprestación mensual atribuible a un (01) cable de comunicación.

De otro lado, con fines ilustrativos, se muestra como la aplicación de un valor del número de arrendatarios "Na" = 03, determina un valor de contraprestación mensual consistente con el costo incremental generado por el acceso de un (01) arrendatario en un poste que como máximo permite instalar dos (02) cables de fibra óptica. Adicionalmente, en este caso asumimos que el costo de operación y mantenimiento adicional originado por cada operador de telecomunicaciones es de US\$ 5 dólares por arrendatario que instala un cable de fibra óptica. En ese sentido, el costo de operación



y mantenimiento adicional total es de US\$ 10 dólares por el acceso de dos arrendatarios.

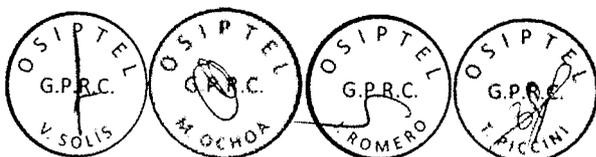
En este caso, la aplicación del parámetro “*p*” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente, da como resultado una contraprestación mensual total de US\$ 15 dólares, debido a que el valor de dicho parámetro está dimensionado para 03 cables o medios de comunicación, por lo que al dividir dicho monto mensual total entre el valor del número de arrendatarios “*Na*” = 03, daría como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario. Es decir, el costo generado calza con la renta total a ser cobrada.

Es importante notar, en este ejemplo, que el considerar un “*Na*” = 02 implica que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares por arrendatario, sino de US\$ 7,5 dólares (15/2); es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional es de US\$ 10 dólares (por los dos arrendatarios), terminaría cobrando en conjunto US\$ 15 dólares; es decir, más que el costo real originado por dichos dos (02) arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

Del mismo modo, para el caso de un poste que permite instalar cinco (05) cables de fibra óptica, la aplicación del parámetro “*p*” (18,3%) en la fórmula citada anteriormente y un “*Na*” = 03, da como resultado una contraprestación mensual de US\$ 5 dólares por arrendatario, con una renta mensual total de US\$ 25 dólares a ser cobradas por el operador eléctrico, que es consistente con el costo de operación y mantenimiento adicional por instalar cinco (05) cables de fibra óptica. Sin embargo, el considerar un “*Na*” = 05 implicaría que la renta mensual no sea de US\$ 5 dólares, sino de US\$ 3 dólares (15/5), es decir, el operador eléctrico cuyo costo de operación y mantenimiento adicional total (por los cinco arrendatarios) alcanza a US\$ 25 dólares, terminaría cobrando en conjunto a estos arrendatarios sólo US\$ 15 dólares, es decir menos del costo real originado por dichos arrendatarios, situación sub óptima desde el punto de vista económico.

A continuación se muestra un cuadro comparativo entre las rentas mensuales totales que recibiría el operador eléctrico, considerando un “*Na*” = 3 en todos los casos, y la situación en la que consideramos un “*Na*” distinto de 03, a partir de un costo de operación y mantenimiento (OPEX) mensual sin compartición de US\$ 82 dólares (componente OMs de la fórmula anteriormente referida).

Cables de comunicación que soporta el poste o torre	Costo incremental total del eléctrico (*)	Renta total con “ <i>p</i> ” = 18,3%	RM por arrendatario (**)	RM total 1 (NA = 3)	RM por arrendatario (**)	RM total 2	Diferenci al (RM total 1 - costo)	Diferenci al (RM total 2 - costo)	Impacto en el costo de compartición
5	25,0	15,0	5,0	25,0	3,0	15,0	0,0	-10,0	40%
4	20,0	15,0	5,0	20,0	3,8	15,0	0,0	-5,0	25%
3	15,0	15,0	5,0	15,0	5,0	15,0	0,0	0,0	0%
2	10,0	15,0	5,0	10,0	7,5	15,0	0,0	5,0	-50%
1	5,0	15,0	5,0	5,0	15,0	15,0	0,0	10,0	-200%



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 53 de 86
	INFORME	

Notas:

(*) Por simplicidad en este ejercicio, se asume un mismo costo de OPEX mensual sin compartición (OMs) igual a US\$ 82 dólares para todos los casos.

(**) Por simplicidad en este ejercicio, los pagos al operador eléctrico por arrendatario no consideran la tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (12% anual fijado por La Ley de Concesiones Eléctricas), a fin de visualizar claramente el efecto del cambio en el valor del "Na".

Como se observa en el cuadro anterior, cuando se considera un valor de "Na" igual a 03, independientemente del tipo de poste y cantidad de cables que pueden ser instalados, el costo incremental total generado es consistente con la renta total a ser cobrada por el operador eléctrico; mientras que considerando cualquier otro valor para "Na" se perjudica económicamente al operador eléctrico o al operador de telecomunicaciones, lo que constituye una solución sub óptima desde el punto de vista de eficiencia económica (lo que se paga por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición).

En efecto, como se observa en el cuadro anterior, si se considera un "Na" menor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Por ejemplo, si el valor del "Na" es 2, entonces el operador de telecomunicaciones paga más del 50% extra al costo incremental, y si el valor del "Na" es 1 entonces paga el triple del costo incremental que le corresponde (200% extra). De otro lado, si se considera un "Na" mayor que 03, el operador de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde. Es decir, si por ejemplo el valor del "Na" es 4 el operador de telecomunicaciones paga un 25% menos del costo incremental, mientras que si el valor del "Na" es 5 paga un 40% menos. Como se observa, el impacto en el costo de compartición es considerablemente alto cuando se considera un valor de "Na" diferente a 03, para cualquier caso.

Como se expuso, la aplicación de un "Na" = 3 implica que la contraprestación a ser pagada (cobrada) sea la que realmente tiene que ser y ninguno de los agentes involucrados gane o pierda en ese proceso. En ese contexto, se deben señalar que el establecimiento de un monto de renta mensual que equivalga exactamente al costo incremental individual atribuible al arrendatario es consistente con la naturaleza de la normativa vigente.

Naturaleza y objetivo de las disposiciones normativas aplicables.

La aplicación de un valor de "Na" (cantidad de arrendatarios) igual a tres (03), está alineada con el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario, es concordante con la naturaleza y el objetivo de las siguientes disposiciones normativas que si bien no son de aplicación directa al presente procedimiento, si dan a notar los criterios de fijación de precios que debe considerar el regulador en sus pronunciamientos:



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 54 de 86

El artículo 7 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁵⁴, señala como uno de los principios el siguiente:

“Onerosidad de la Compartición.- Toda compartición de infraestructuras será retribuida a través de una contraprestación razonable.” (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, no es razonable que la renta mensual deba ser 50% o 200% mayor al costo generado al operador eléctrico por efecto de la compartición.

Complementariamente, el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295⁵⁵, establece como uno de los principios de la metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público, que:

“(…) toda retribución y/o costos imputados serán únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere, para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular.” (Lo resaltado es nuestro).

En atención a dicho artículo, la renta mensual que debe pagar un beneficiario (arrendatario), debe retribuir únicamente el costo incremental generado por dicho beneficiario.

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica⁵⁶, señala que:

12.3 “El Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que actúan como concedentes de los servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes por carretera y ferrocarriles, respectivamente, establecen dentro de sus respectivas regulaciones, los mecanismos para el reconocimiento de los costos incrementales en los que incurran sus concesionarios a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.” (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la normativa reconoce la recuperación de los costos incrementales en los que incurran los operadores eléctricos, en estricto.

Complementariamente, el artículo 20 del Reglamento de la Ley 29904⁵⁷ señala que:

⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2004.

⁵⁵ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de marzo de 2005.

⁵⁶ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de Julio de 2012.

⁵⁷ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de noviembre de 2013.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 55 de 86

20.2 “El reconocimiento de los **costos incrementales**, tanto de inversión como de **operación y mantenimiento**, considerará mecanismos que reflejen **costos eficientes, así como las condiciones reales de mercado y de obra.**” (Lo resaltado es nuestro).

Es decir, la regulación del sector eléctrico reconoce a los operadores eléctricos la recuperación de costos eficientes sobre la base de costos incrementales. De esta forma, cuando la renta mensual por el acceso a la compartición no corresponde al costo generado por dicha compartición, esta renta se aleja del criterio de eficiencia en costos.

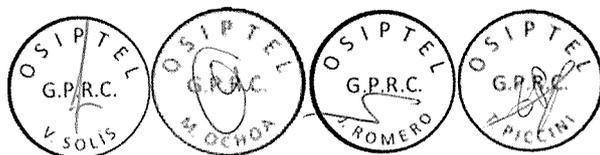
En consecuencia, se requiere consensuar la lectura de la referida fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, con el resto del cuerpo normativo aplicable citados anteriormente (Ley N° 29904 y su Reglamento, y la Ley N° 28295 y su Reglamento), a fin de mantener una coherencia en los principios aplicables a la determinación de la contraprestación mensual por la compartición de infraestructura de uso público, los cuales obedecen a principios económicos de eficiencia.

En conclusión, de acuerdo a lo expuesto, en función de sus facultades, el OSIPTEL establece que el valor que corresponde aplicar como “Número de Arrendatarios” (“Na”) es tres (03), lo cual es consistente con los criterios de fijación de precios de la normativa en general.

b) Valor de la Renta Mensual que le corresponde aplicar a PEOT.

Cabe señalar en primer lugar, que como parte del presente procedimiento se requirió a PEOT, entre otros, información de los códigos de la infraestructura de soporte eléctrico que arrienda a AZTECA PERÚ, no obstante, a la fecha del presente informe, dicha información no ha sido remitida. En tal sentido, a fin de calcular el valor de la renta mensual a pagar por AZTECA PERÚ, se utilizó información proporcionada por PEOT mediante oficio 1329-2016-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 20 de octubre de 2016, en respuesta al requerimiento de información realizado por el OSIPTEL en dicha oportunidad.

Las referidas estructuras corresponden a torres de acero de alta tensión que suman un total de **192 estructuras de soporte eléctrico** arrendadas a AZTECA PERÚ, instaladas en diversos distritos de la provincia de Lambayeque. A continuación, se detallan las características técnicas de dichas estructuras de soporte eléctrico, según lo reportado por PEOT:

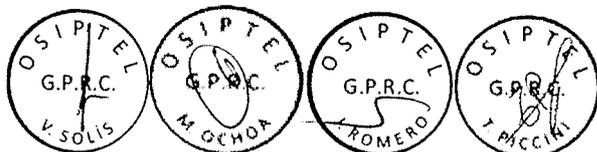


	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 56 de 86

Nº	CÓDIGOS DE "MOD INV_2017"	MATERIAL DE LAS ESTRUCTURAS DE ALTA TENSIÓN	ALTURA ESTRUCTURA (En metros)	CANTIDAD DE POSTES
1	TA060SIR1S1C1120S±0	Acero	17	63
2	TA060SIR1S1C1120S+3	Acero	20	57
3	TA060SIR1S1C1120S+6	Acero	23	1
4	TA060SIR0D1C1120S±0	Acero	19	18
5	TA060SIR1S1C1120A-3	Acero	14	3
6	TA060SIR0D1C1120S+3	Acero	22	19
7	TA060SIR1S1C1120A±0	Acero	17	6
8	TA060SIR1S1C1120A+3	Acero	20	5
9	TA060SIR1S1C1120B-3	Acero	16	6
10	TA060SIR1S1C1120B±0	Acero	19	10
11	TA060SIR1S1C1120B+3	Acero	22	4

Sobre esa base, a continuación se muestran los precios de las infraestructuras de soporte eléctrico correspondiente a 11 códigos de estructura de soporte eléctrico, así como la descripción de dichas estructuras, considerando la base de datos "MOD INV_2017 de OSINERGMIN:

Nº	CÓDIGOS DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO DE "MOD INV_2017"	DESCRIPCION DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO DE PEOT	PRECIO DE ESTRUCTURA (US\$, sin IGV)
1	TA060SIR1S1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1±0	3.142,09
2	TA060SIR1S1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+3	3.487,72
3	TA060SIR1S1C1120S+6	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+6	3.833,35
4	TA060SIR0D1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2±0	4.274,21
5	TA060SIR1S1C1120A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1-3	4.297,49
6	TA060SIR0D1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2+3	4.744,38
7	TA060SIR1S1C1120A±0	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1±0	4.769,69
8	TA060SIR1S1C1120A+3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1+3	5.241,89
9	TA060SIR1S1C1120B-3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1-3	5.799,43



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 57 de 86
	INFORME	

10	TA060SIR1S1C1120B±0	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1±0	6.458,17
11	TA060SIR1S1C1120B+3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1+3	7.233,15

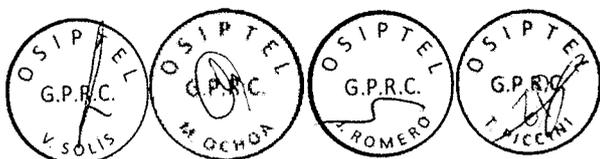
De esta manera, considerando en la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, los referidos precios de las infraestructuras de soporte eléctrico y las consideraciones señaladas en el presente informe, obtenemos los siguientes valores de retribución mensual por cada arrendatario:

N°	CÓDIGOS DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO DE "MOD INV_2017"	NIVEL DE TENSIÓN	RETRIBUCIÓN MENSUAL UNITARIA POR ARRENDATARIO (*) (US\$ sin IGV)
1	TA060SIR1S1C1120S±0	ALTA TENSIÓN	4,00
2	TA060SIR1S1C1120S+3	ALTA TENSIÓN	4,40
3	TA060SIR1S1C1120S+6	ALTA TENSIÓN	4,90
4	TA060SIR0D1C1120S±0	ALTA TENSIÓN	5,40
5	TA060SIR1S1C1120A-3	ALTA TENSIÓN	5,40
6	TA060SIR0D1C1120S+3	ALTA TENSIÓN	6,00
7	TA060SIR1S1C1120A±0	ALTA TENSIÓN	6,00
8	TA060SIR1S1C1120A+3	ALTA TENSIÓN	6,60
9	TA060SIR1S1C1120B-3	ALTA TENSIÓN	7,30
10	TA060SIR1S1C1120B±0	ALTA TENSIÓN	8,20
11	TA060SIR1S1C1120B+3	ALTA TENSIÓN	9,20

Nota:

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América.

Es preciso señalar que la retribución mensual unitaria calculada es por el acceso y uso de cada torre de PEOT por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. La contraprestación total mensual por el acceso y uso de la infraestructura a ser cobrada por PEOT a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de infraestructuras utilizadas efectivamente en cada Ruta al final de cada mes.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 58 de 86

Cabe señalar, que los referidos valores de retribución mensual por arrendatario es el resultado de los siguientes cálculos:

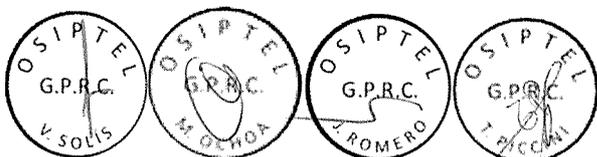
- Con el fin de incorporar el costo de montaje de cada torre, multiplicamos el precio CIF unitario de cada torre extraído de la base de datos “MOD INV_2017” del OSINERGMIN, según el código que corresponda, el cual esta expresado en dólares americanos (US\$, sin IGV), por el factor de **1,843** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), dando como resultado el valor del componente BT de la fórmula señala anteriormente (base total de cálculo de la infraestructura eléctrica).
- A fin de obtener el valor del costo de operación y mantenimiento habitual del operador eléctrico (OMs), multiplicamos el valor de BT por el factor de **0,134** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), y lo dividimos entre 12 para obtener el valor mensual del componente OMs.
- Asimismo, para obtener el valor del costo de operación y mantenimiento adicional producto de la compartición (OMc), multiplicamos el valor de OMs por el factor de **0,183** (correspondiente a líneas de media o alta tensión), obteniéndose el valor mensual del componente OMc.
- Finalmente, el valor de la retribución mensual unitaria que deberá pagar cada arrendatario, será el resultado de multiplicar el valor del OMc con el factor que corresponda por concepto de tasa de retorno mensualizada, y dividirlo entre el valor del Na, correspondiente a 03 arrendatarios. Este valor de retribución mensual estará expresado en dólares americanos (US\$), sin IGV, corresponde a la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.

Asimismo, como parte del Anexo 1 del presente informe se establece la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de PEOT, por parte de AZTECA PERÚ, adjuntándose en el Anexo 2, un disco compacto con los cálculos realizados para la determinación de la retribución mensual por arrendatario establecida, así como, los valores de retribución mensual por cada arrendatario, para cada una de las 192 estructuras de soporte eléctrico que PEOT arrienda a AZTECA PERÚ.

4.3.5 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.3.5.1 Comentarios presentados por AZTECA PERÚ (Carta DJ-358/18 recibida el 16.02.2018).

AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica 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



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 59 de 86
	INFORME	

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.

Sobre el particular, AZTECA PERÚ manifiesta que también sostuvo que el valor del factor “Na” es igual a tres (3). En efecto, indica que 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 en cuenta lo anterior, señala que 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.**

Por tanto, señala que coincide con lo desarrollado en el Informe N° 00012-GPRC/2018, en el extremo referido a que el valor que le corresponde asumir al factor “Na” es tres (3) 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.

Indica que, se debe 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).**

Por ello, manifiesta que 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). Señala que ello se evidencia claramente en el Informe N° 251-2013-MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013 que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. Precisa que, 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



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 60 de 86

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.

AZTECA PERÚ considera que, si bien el Informe N° 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:

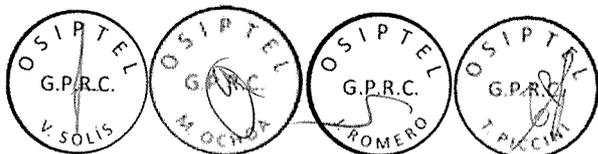
*“Se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante, consideramos que **un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra 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; asimismo, 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)

Manifiesta que, el Informe N° 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 N° 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 N° 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).

Considera que lo anterior es explicado claramente en el Informe Económico denominado *Análisis económico- regulatorio de la Ley No 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión*, de 18 de noviembre de 2017, elaborado por BC Económica (el “Informe económico”).

Por tanto, AZTECA PERÚ señala que corresponde que el Consejo Directo, 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 N° 251-2013-MTC/26, que constituye el



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 61 de 86

sustento de lo establecido en el Reglamento. Precisa que, en la página 61 del Informe N° 00221-GPRC/2017 únicamente se hace referencia al Informe N° 292-2017-MTC/26, cuando el Informe N° 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.

AZTECA PERÚ señala que, en línea con lo desarrollado previamente, corresponde que el Consejo Directivo precise que el Informe N° 292-2017-MTC/26 aclara que el valor del denominador “Na” es tres (3) para la correcta aplicación de la Metodología, puesto que dicho valor (igual a tres) fue determinado de ese modo desde la emisión del Reglamento.

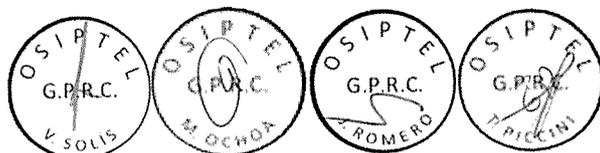
Señala también que lo solicitado previamente resulta trascendental pues, desde la entrada en vigencia del Reglamento y su Metodología, los operadores eléctricos y de comunicaciones debían haber asignado al denominador “Na” el valor de tres (3), conforme lo ha claramente definido el MTC. El haber estado 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.

En consideración a lo expuesto, 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 N° 251-2013- MTC/26 que sustentó la emisión del Reglamento.
- (ii) El Informe N° 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 la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición suscrito por AZTECA y PEOT excede el precio máximo que se determina de la aplicación de la Metodología.

Informe denominado “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT”, del 18 de febrero de 2018, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold.

AZTECA PERÚ adjunta el citado informe elaborado por la consultora BC Económica en el cual afirma que la posición sostenida por Macroconsult contiene un supuesto falaz al asumir que, debido a que un monopolio natural de distribución eléctrica posee un costo medio total decreciente, entonces todos sus componentes, incluido el servicio



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 62 de 86

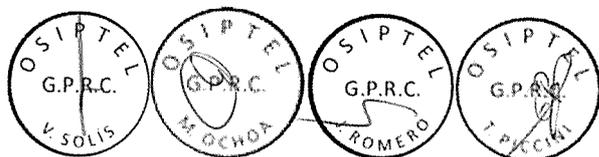
de apoyo en postes o torres eléctricas, también deben exhibir costos medios decrecientes. Al respecto, el mismo informe señala que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no es incompatible con la presencia de costos medios constantes o crecientes en algunos componentes de dicho costo. Asimismo, se expresa que Macroconsult no brinda el sustento económico o empírico necesario para afirmar que el costo medio incremental en el servicio de apoyo es decreciente ni explica en términos económicos por qué el costo medio de apoyos es un costo compartido o indivisible.

De manera similar, BC Económica manifiesta que los informes elaborados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones asumen implícitamente que el servicio de apoyo tiene un costo medio incremental constante, de modo tal que la tarifa promedio de un (1) apoyo permite cubrir los costos incrementales asociados a dicho apoyo. En consecuencia, afirma que la fijación tarifaria propuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones garantiza la viabilidad económica de la actividad de las empresas monopólicas de distribución eléctrica y no resulta una expropiación regulatoria, tal como lo expresa Macroconsult.

Del mismo modo, BC Económica señala que Macroconsult se equivoca al afirmar que la controversia sobre la fórmula de retribución por el acceso y uso de infraestructura de soporte eléctrico se circunscribe al valor del parámetro Na. Al respecto, sostiene que la metodología es clara y explícita en expresar que el valor de la variable "Na" se calcula de manera simultánea con el valor del parámetro "f" tal como se expresa en el Informe N° 292-2017-MTC/26 y en el Proyecto de Resolución Vice Ministerial 215-2015-MTC/03.

Por otra parte, BC Económica proporciona evidencia nacional e internacional de que las tarifas de acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico que actualmente cobran las empresas de distribución eléctrica, privadas y públicas, están muy por encima de los costos y tarifas eficientes. Además, recomienda que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 las tarifas pagadas actualmente por AZTECA PERÚ por el servicio de apoyo en postes o torres eléctricas.

Finalmente, BC Económica afirma que las reducciones previstas con la aplicación correcta de la fórmula tarifaria tendrán un efecto positivo en el despliegue de las Redes Dorsales Nacionales, Regionales y de proveedores de acceso a internet, coadyuvando a alcanzar los objetivos del Estado Peruano de incrementar la penetración de la Banda Ancha en zonas de preferente interés nacional, en sintonía con los objetivos de la Ley N° 29904 y su reglamento.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 63 de 86

4.3.6 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

a) Sobre la solicitud de pronunciamiento respecto de la metodología del 2013.

Respecto a lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se reconozca que desde que se aprobó la Metodología en el año 2013, el MTC había determinado que el denominador "Na" era igual a tres (03), se debe señalar que los Mandatos de Participación se emiten sobre la base de la normativa vigente al momento de dicha emisión. En el caso particular de esta variable, su definición se efectuó sobre la base de lo dispuesto por el Anexo 1 del citado Reglamento, conforme ha sido detallado en el presente informe.

De esta manera, considerando que la temporalidad del presente mandato está definida desde su entrada en vigencia, y teniendo en cuenta que los términos allí plasmados se derivan de la normativa vigente al momento de la emisión del referido mandato, no corresponde pronunciarse en el presente Mandato de Participación, en este extremo.

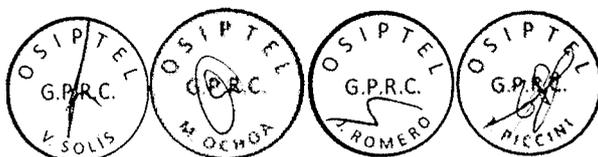
b) Adecuación de la retribución mensual a los precios del "MOD INV_2018".

Para efectos de la determinación de valores de retribución mensual considerados en el Proyecto de Mandato remitido a las partes para comentarios, se había considerado los precios de las estructuras extraídos de la base de datos "MOD INV_2017" del OSINERGMIN. No obstante, para efectos del cálculo de la retribución mensual por el acceso y uso de la infraestructura de PEOT a ser considerado en el Mandato final, se debe considerar los precios de las estructuras extraídos de la base de datos "MOD INV_2018" del OSINERGMIN⁵⁸, por ser la última información publicada por dicho organismo respecto a precios de estructuras de soporte eléctrico.

A continuación se detallan los precios de las estructuras que corresponden a cada uno de los once (11) códigos referidos anteriormente:

N°	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	PRECIO DE LA ESTRUCTURA EN "MOD INV_2018" (US\$, sin IGV)
1	TA060SIR1S1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1±0	4.222,29
2	TA060SIR1S1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+3	4.686,75
3	TA060SIR1S1C1120S+6	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+6	5.151,20
4	TA060SIR0D1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2±0	5.743,62
5	TA060SIR1S1C1120A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1-3	5.774,91
6	TA060SIR0D1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2+3	6.375,42

⁵⁸ <http://www2.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/pdf/2018/OSINERGMIN%20No.007-2018-OS-CD.pdf>



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 64 de 86

Nº	CÓDIGO DE LAS ESTRUCTURAS DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA	PRECIO DE LA ESTRUCTURA EN "MOD INV_2018" (US\$, sin IGV)
7	TA060SIR1S1C1120A±0	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1±0	6.409,44
8	TA060SIR1S1C1120A+3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1+3	7.043,98
9	TA060SIR1S1C1120B-3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1-3	7.793,19
10	TA060SIR1S1C1120B±0	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1±0	8.678,38
11	TA060SIR1S1C1120B+3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1+3	9.719,79

De esta manera, sobre la base de los referidos precios de las estructuras se han determinado once (11) valores de retribución mensual por arrendatario, los cuales se detallan en el numeral 4.6.2 del presente informe.

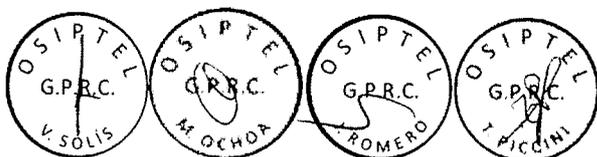
c) Sobre el valor asignado a la variable "Na".

Al respecto, el numeral 2.5.3 del Informe Nº 292-2017-MTC/26 hace referencia a los costos incrementales fijos y cómo dichos costos son recuperados por el operador eléctrico, señalando lo siguiente:

"2.5.3. Aclaración sobre los costos incrementales:

Respecto de los costos incrementales que se generan a partir de la instalación de un cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, se aclara lo siguiente:

- *Los costos atribuidos a estudios de factibilidad, revisión técnica, identificación de apoyos ocultos, refuerzos asociados a la infraestructura por compartir, así como los costos de las gestiones ante el COES, OSINERGMIN, OEFA, SENACE, entre otros que fueran aplicables al inicio de la contraprestación, se retribuyen mediante el pago único realizado previo a la instalación de la fibra óptica.*
- *Los gastos asociados a la operación y mantenimiento incremental por causa de la instalación de la fibra óptica, **tales como limpieza, poda, costos generados por dificultades, exigencias y/o actividades extraordinarias, y recargos sobre los tiempos de ejecución de las labores; ya son considerados dentro de la variable "h", el cual representa la proporción de los costos de operación y mantenimiento de postes/torres de media y alta tensión respecto del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR).**" (Lo resaltado es nuestro).*



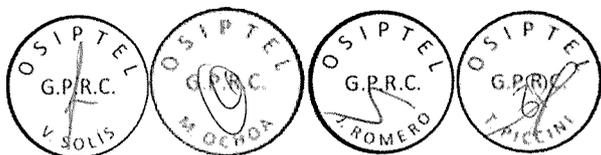
	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 65 de 86

Como se aprecia, el informe citado aclara que el parámetro “h” (que, al igual que el parámetro “f”, forma parte de la fórmula que estima la retribución mensual a ser pagada por un arrendatario) incorpora todos los costos incrementales fijos recurrentes transversales a todos los arrendatarios con independencia de su presencia. En ese entendido, la referida variable “h” incluye no sólo los costos listados textualmente, sino todos los costos de operación y mantenimiento (OPEX) incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica. De esta forma, el valor del parámetro “f” refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura.

Dicho OPEX incremental dividido entre estos tres (03) arrendatarios, nos da como resultado un OPEX incremental por arrendatario, el cual es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios estén en un momento determinado, accediendo a dicha estructura de soporte eléctrico. En ese sentido, el operador eléctrico recupera sus costos incrementales fijos a través de la aplicación de la fórmula, a través del parámetro “h”, para el caso de estructuras de media y alta tensión. Esta aclaración, también ha sido manifestada en la matriz de comentarios elaborada por el MTC y que dio a lugar a la Resolución Vice Ministerial N° 768-2017-MTC/03.

De esta manera, el valor del parámetro “f”, esta directa y exclusivamente relacionado al costo de operación y mantenimiento incremental variable, en función, al costo variable adicional originado por el peso extra de cada cable de comunicación instalado sobre las líneas de transmisión o distribución eléctrica. Cualquier costo de operación y mantenimiento incremental fijo, ya está considerado en el valor de la variable “h” antes referida, razón por la cual, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario. En ese entendido, no hay argumento económico que sustente que ante costos variables originados por un número potencial de arrendatarios, el costo total variable deba ser asumido por el primero de ellos; ya que por definición son costos variables, es decir, que se van originando conforme va entrando un nuevo arrendatario.

De este modo, el criterio de orientación de la retribución mensual a los costos económicos incrementales generados por cada arrendatario no varía y es el que otorga predictibilidad a los pronunciamientos del OSIPTEL en materia de fijación de contraprestaciones por el acceso a la infraestructura de soporte eléctrico. Asimismo, la determinación del valor del “Na” por parte del OSIPTEL tampoco es arbitraria, sino que responde a criterios detallados en el presente informe. Esto sin duda, está en línea con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar los pronunciamientos del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 66 de 86

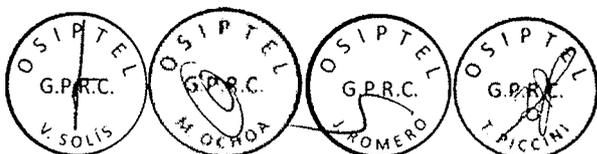
De otro lado, se debe señalar que la cantidad de arrendatarios a ser considerada en el presente mandato es tres (3), la cual se determinó a partir del análisis de los costos incrementales totales que enfrenta un operador de infraestructura eléctrica para soportar cables de comunicación.

Adicionalmente, se observa que la referida cantidad de arrendatarios es consistente, en la mayoría de los casos, con la capacidad de arrendatarios que soporta la infraestructura eléctrica, de acuerdo a lo reportado por las empresas eléctricas, en el marco de los mandatos de compartición de infraestructura emitidos por el regulador:

N° DE EXPEDIENTE	N° DE RESOLUCIÓN	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES	EMPRESA ELÉCTRICA	CAPACIDAD DE ARRENDATARIOS
00002-2017-CD-GPRC/MC	090-2017-CD/OSIPTEL	Comunicaciones Cabapice S.A.C.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00007-2016-CD-GPRC/MC	036-2017-CD/OSIPTEL	Americatel Perú S.A.	Electro Sur Este S.A.A.	3
00006-2016-CD-GPRC/MC	020-2017-CD/OSIPTEL	Multivisión S.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	1 - 3 (Más frecuente=3)
00005-2016-CD-GPRC/MC	131-2016-CD/OSIPTEL	Cable Estación S.R.L.	Electro Puno S.A.A.	3
00004-2016-CD-GPRC/MC	115-2016-CD/OSIPTEL	Gilat Networks Perú S.A.	Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C.	3
00004-2015-CD-GPRC/MC	119-2015-CD/OSIPTEL	Tv Cable Digital E.I.R.L.	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.	3

d) Sobre las conclusiones del Informe de la consultora “BC Económica”.

Respecto del informe de la consultora BC Económica denominado “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT” de fecha 18 de febrero de 2018, presentado por AZTECA PERÚ se debe señalar que, coincidimos en que la existencia de costos medios totales decrecientes en un monopolio natural no implica necesariamente la presencia de costos medios decrecientes en todos los componentes de dicho costo. Por otra parte, respecto a la argumentación basada en el carácter decreciente del costo incremental medio, sostenida por Macroconsult, debe señalarse que ésta es correcta a nivel teórico; no obstante, adolece en considerar una evaluación empírica de los costos incrementales y de cómo éstos son recuperados a luz de toda la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria. En tal sentido, tanto el informe de BC Económica como el de Macroconsult realizan un análisis parcial de la referida fórmula y omiten pronunciarse sobre la naturaleza de los demás parámetros incluidos en la misma. De esta manera,



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 67 de 86
	INFORME	

debido a que el parámetro “h” incorpora todos los costos incrementales fijos que pudieran ser causados por la instalación de la fibra óptica, el parámetro “f” refleja únicamente el OPEX incremental variable, dimensionado por el MTC para tres (03) cables de comunicación, el cual es absolutamente divisible y asignable a cada uno de los arrendatarios de la infraestructura, tal como se detalló anteriormente.

Es por este motivo, y no por los descritos por BC Económica, que el OPEX incremental por arrendatario es constante, al margen de a cuantos arrendatarios se pueda dar acceso como máximo en una determinada estructura de soporte eléctrico, o cuantos arrendatarios acceden en un momento determinado a dicha estructura. Ello origina que la retribución mensual obtenida de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su modificatoria, permita cubrir exactamente el costo económico incremental generado por cada cable de comunicación instalado, más un margen de utilidad razonable, por lo que dicha retribución no se puede considerar expropiatoria, ni que afecte la viabilidad económica del operador eléctrico, tal como lo señala Macroconsult.

Finalmente, respecto de la recomendación de que la manera más expedita de lograr la aplicación correcta de la fórmula sería dividir entre 3 los valores que actualmente vienen pagando AZTECA PERÚ por concepto de renta mensual, consideramos que esta forma de calcular la renta mensual es incorrecta, dado que el marco legal ya establece una metodología para tal caso, la cual está definida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

4.4 EL RIESGO PARA LA RED DORSAL ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO.

4.4.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 02.11.2017):

AZTECA PERÚ manifiesta que el OSIPTEL debe de tener en cuenta que ha venido indebidamente asumiendo el pago de una contraprestación excesiva por el uso de la infraestructura eléctrica de PEOT. Señala que si bien la modificación de los valores “f” y “m” es reciente, el valor del número de arrendatarios (“Na”) ha venido siendo calculado erróneamente con el valor de uno (1), cuando siempre debió realizarse en función al número potencial de arrendatarios, es decir, cuando menos tres (3).

Indica que dicha situación ha encarecido en gran medida y de manera indebida los costos operativos de la Red Dorsal, puesto que sólo con la aplicación errónea del valor del “Na”, la contraprestación exigida ha resultado cuando menos tres veces mayor a la que debería haber sido cobrada por PEOT. Manifiesta que desde la celebración del Contrato de Compartición, AZTECA PERÚ se ha encontrado pagando el triple del valor máximo aplicable de acuerdo a lo exigido normativamente como contraprestación por el uso de la infraestructura compartida.

Manifiesta que el riesgo de continuar pagando contraprestaciones excesivas e ilegales (cuando menos tres veces mayores a las que se tendrían que abonar) coloca al



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 68 de 86

operador de la Red Dorsal en una situación financiera delicada⁵⁹: lo cual afecta seriamente la viabilidad económica de un proyecto que constituye un pilar central de la política de masificación de la Banda Ancha en el Perú, repercutiendo negativamente contra los objetivos planteados por el Estado Peruano a través de la Ley de Banda Ancha y afectando directamente las expectativas de crecimiento socioeconómico vinculadas a tales objetivos.

“Décima Segunda.- Resolución del Contrato

14.1. Las Partes podrán resolver el presente Contrato, mediante comunicación escrita en caso se configure alguno de los siguientes supuestos:

a) En caso de incumplimiento de las obligaciones que las Partes adquieren en virtud del presente Contrato, la parte perjudicada por el incumplimiento podrá requerir a la otra para que satisfaga su presentación dentro del plazo de quince días calendario, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el Contrato quedará resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el control se resuelve de pleno derecho, quedando a cargos de la parte que incumplió el pago de la indemnización de daños y perjuicios. (...)”

Señala que el retiro del cable de la Red Dorsal de la infraestructura de PEOT conllevará a que el servicio público de telecomunicaciones a cargo de AZTECA no pueda seguir prestándose en varias localidades y, por tanto, se afecte la ejecución de un importante proyecto de interés nacional.

Manifiesta que la situación antes detallada genera un alto riesgo en la continuidad de la operación de la Red Dorsal, así como de sus servicios públicos de telecomunicaciones y la propia viabilidad del proyecto, afectando la posibilidad de alcanzar los objetivos sociales para los cuales fue diseñada e implementada, por lo que OSIPTEL se encuentra facultado para velar por el continuo uso de la infraestructura eléctrica, a favor de un proyecto declarado de interés nacional.

Inclusive, refiere en el supuesto negado que el proyecto de la Red Dorsal hubiese sido concebido para asumir un precio excesivo por el uso de infraestructura eléctrica⁶⁰, no resulta legítimo ni conforme a derecho que AZTECA continúe abonando una contraprestación que a todas luces excede el máximo precio permitido en el marco normativo vigente.

Señala que AZTECA PERÚ se encuentra en riesgo de que se suspenda el uso compartido de la infraestructura eléctrica de PEOT, poniendo en riesgo el interés

⁵⁹ Situación que podría devenir en la incapacidad de cumplir con sus obligaciones económicas y a la larga, incurrir en una causal de resolución del Contrato de Compartición.

⁶⁰ Escenario que debe ser desechado de plano, en la medida que las proyecciones financieras desarrolladas por el propio Estado peruano al momento de concebir el proyecto de la Red Dorsal, no contemplaban costos operativos exorbitantes como los que viene asumiendo su Concesionaria, debido principalmente al incumplimiento del precio tope regulatorio por compartición de infraestructura eléctrica, como es el caso de las contraprestaciones cuyos valores son indebidamente exigidas por PEOT.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 69 de 86

público protegido por la normativa vigente en la materia y que OSIPTEL debe garantizar en ejercicio de sus competencias.

De ese modo, solicita que OSIPTEL, como organismo competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones vinculadas tanto al acceso como al uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica, disponga la continuidad en el uso compartido de la infraestructura objeto de los Contratos de Compartición, con la emisión de un Mandato de Compartición, declarando de manera clara y tajante el monto que debe ser asumido por AZTECA PERÚ como contraprestación por el uso de la infraestructura de PEOT.

4.4.2 POSICIÓN DE PEOT (Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 20.11.2017):

PEOT no realiza mayor comentario sobre este aspecto, salvo el comentario efectuado conforme al numeral 4.2.2 del presente informe.

4.4.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos.

Por ello, si la RDNFO llegara a encontrarse en una situación de riesgo operativo o financiero como resultado de acuerdos asumidos contractualmente por AZTECA PERÚ en el despliegue y operación de la referida red –inclusive si actuó en error, con culpa o bajo otras circunstancias–, es la propia AZTECA PERÚ quien deberá adoptar las medidas necesarias para eliminar la referida situación de riesgo, lo que implica, entre otras acciones, asumir el pago de las retribuciones según el valor que se encuentre vigente en cada oportunidad y con ello eliminar causales de resolución de la relación de compartición de infraestructura, que puedan poner en riesgo la continuidad del servicio portador brindado a través de la RDNFO.

Cabe enfatizar que, en caso materia de análisis, los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del mandato. Por consiguiente, los valores de las contraprestaciones que eventualmente se modifiquen con el mandato aplicarán para el uso de la infraestructura que se haga solo a partir de su entrada en vigencia.



	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 70 de 86

4.4.4. COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

4.4.4.1 COMENTARIOS PRESENTADOS POR AZTECA PERÚ (Carta DJ-358/18 recibida el 16.02.2018)

AZTECA PERÚ señala que en el Proyecto de Mandato, se indica que *“los términos del Contrato que eventualmente sean modificados por el mandato de compartición que emita el OSIPTEL, entrarán en vigor con la aprobación del 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.

Indican que si bien dicho punto expuesto en el Proyecto de Mandato es correcto, el Consejo Directivo debe precisar que cualquier discrepancia que pudieran tener AZTECA PERÚ y PEOT 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.

Manifiestan que, si bien AZTECA PERÚ 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.

De ese modo, consideran que no corresponde que el Consejo Directivo analice situaciones hipotéticas sobre qué es lo que cada una de las partes debe realizar para minimizar el riesgo operativo de la Red Dorsal, pues ello podría constituir una controversia entre las partes que deberá ser resuelta en el fuero correspondiente. Así pues, a través del mandato de compartición solicitado, únicamente se busca que se establezca la contraprestación por uso de infraestructura, modificando el Contrato de Compartición para que no supere el precio máximo legal.

Por tanto, solicitan al Consejo Directivo que precise en el mandato de compartición que las partes podrán acudir al mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato de Compartición, en caso mantengan alguna discrepancia respecto de la contraprestación en un periodo anterior a la vigencia del mandato.

4.4.4.2 COMENTARIOS PRESENTADOS POR PEOT A LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Oficio 000271-2018-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 07.03.2018).

PEOT manifiesta que de acuerdo al Escrito de AZTECA PERÚ se aprecia que dicha empresa solicita la fijación de una condición a la vigencia del Mandato de Compartición de Infraestructura, a través de la cual se permita una aplicación retroactiva de dicho mandato y, como consecuencia de ello, posibilitar el inicio de controversias por hechos anteriores a su emisión, tales como las facturaciones que a la fecha AZTECA PERÚ ha desconocido y dejado de cancelar bajo la argumentación



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 71 de 86
	INFORME	

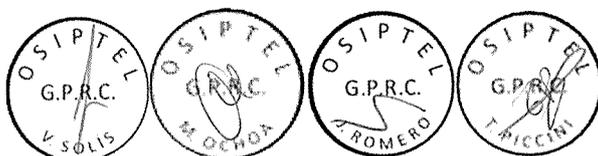
de encontrarse en discusión la determinación del valor unitario, a través de la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura.

Al respecto, PEOT señala que el Contrato de Compartición de Infraestructura se celebró en el marco de la modalidad de acuerdo entre las partes que prevé el artículo 12 del DL 1019; por tanto, es de su parecer que deba primar la libre voluntad de las partes manifestada en la celebración primigenia del acuerdo de compartición, en estricta observancia del principio de autonomía de la voluntad de las partes. De acuerdo a dicho principio, las condiciones iniciales (entre las que se encuentra el valor unitario) deberán sostenerse hasta la emisión del Mandato de Compartición de Infraestructura.

Indica que de acuerdo con el artículo 15 del DL 1019, *“la resolución que aprueba el mandato de compartición será notificada a las partes y publicada en el diario oficial El Peruano, siendo de obligatorio a partir del día siguiente de su publicación”*, es decir, no existe posibilidad de aplicación retroactiva del Mandato de Compartición de Infraestructura a ser emitido por el Consejo Directivo; tal y como también lo reconoce la empresa AZTECA PERÚ. Señala que lo que pretende la empresa a través de la inclusión de una condición a la vigencia del Mandato de Compartición es una especie de aplicación retroactiva del mismo, acción que contravendría la normatividad que regula el acceso a la infraestructura para proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el marco legal previsto en la Ley 27444, se prohíbe la retroactividad normativa.

Considera que admitir y establecer la condición propuesta por AZTECA PERÚ, permitiría recurrir a un mecanismo de solución de controversias, en contraposición a la propia naturaleza del presente procedimiento (similar al de solución de controversias); por lo que se atentaría contra el principio de eficacia del acto administrativo en relación a la resolución que emita el Consejo Directivo sobre el Mandato de Compartición de Infraestructura.

De otro lado, indica que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, *“los comentarios al proyecto de mandato de compartición no tendrán carácter vinculante para el OSIPTEL”*, en mérito de lo cual solicitan se evalúe minuciosamente la oposición al proyecto de Mandato de Compartición presentada por AZTECA PERÚ, acogándose sus; pues, a su criterio, lo que busca la empresa a través del acogimiento de dicha propuesta, no es otra cosa que obtener mayores beneficios económicos, valiéndose de la oportunidad de presentación de comentarios al Mandato de Compartición; considerando que, en su oportunidad, dicha empresa estuvo de acuerdo con la reducción del pago mensual derivada de la Resolución Viceministerial N° 0768-2017-MTC/03 y del Oficio N° 0520-2017-MTC/03, habiendo truncado la celebración de la adenda correspondiente ante la posibilidad “encubierta” de reducir aún más el pago mensual, a través del presente procedimiento.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 72 de 86

4.4.5. POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

Respecto de los comentarios de PEOT, se debe enfatizar que el pronunciamiento del Consejo Directivo en el presente procedimiento está acotado específicamente, mediante el ejercicio de una función normativa, a la modificación de las condiciones económicas de la retribución mensual del Contrato, no teniendo alcance alguno respecto del régimen de solución de controversias que corresponda según el marco jurídico aplicable. Asimismo, respecto de la materia que es objeto del presente procedimiento, se reitera que el mandato no tiene efectos retroactivos, precisamente por su naturaleza normativa.

De otro lado, se debe precisar que son las partes las que deben determinar si corresponde o no activar el mecanismo de solución de controversias pertinente para dilucidar algún tema de su relación de compartición de infraestructura que, a su consideración, así lo amerite.

Finalmente, en tanto el Contrato y el presente mandato se refieren a una relación jurídica de compartición de infraestructura regulada por la Ley N° 29904 y que se encuentra sujeta a las competencias del OSIPTEL; se considera pertinente recordar que, además de la función normativa con la que cuenta el Consejo Directivo de este Organismo Regulador, el OSIPTEL cuenta con la función de solución de controversias entre empresas, la cual, conforme a la Ley N° 27336^[1] implica que “(...) [e]l OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios (...)”. Y, en esa línea, el artículo 49 del Reglamento General del OSIPTEL determina que: “(...) La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario (...)”.

4.5 SOBRE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR PARTE DE PEOT.

4.5.1 POSICIÓN DE AZTECA PERÚ (Solicitud de Mandato recibida el 02.11.2017):

AZTECA PERÚ señala que el artículo 17 de la Ley de Banda Ancha establece que es considerada como una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación a ser aplicada. En ese orden de ideas, considera que el cobro de una contraprestación que exceda el precio máximo derivado de la aplicación de la metodología constituye el incumplimiento de una disposición respecto de la retribución para el uso de la infraestructura eléctrica.

[1] Cfr. con el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 73 de 86

Manifiesta que en el caso en particular, PEOT ha venido exigiendo el pago de una contraprestación a todas luces superior al precio máximo regulado, que busca precisamente asegurar la protección del interés público y que el despliegue de la Red Dorsal no corra peligro. Por tanto, considera que la conducta de PEOT sería ilegal y sancionable por el OSIPTEL.

Asimismo, indica que de acuerdo con lo expuesto y en función a lo que se resuelva en razón a la presente solicitud de mandato, el OSIPTEL debería realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si corresponde iniciar un procedimiento sancionador contra PEOT por la presunta comisión de una infracción y, en su oportunidad, sancionar a dicha empresa.

4.5.2 POSICIÓN DE PEOT (Oficio 001240-2017-GR.LAMB/PEOT-GG L [2603815-0] recibido el 20.11.2017):

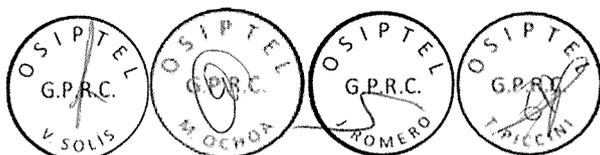
PEOT no realiza mayor comentario sobre este aspecto, salvo el comentario efectuado conforme al numeral 4.2.2 del presente informe.

4.5.3 POSICIÓN DEL OSIPTEL:

El artículo 30, numeral 30.2 – literal b), de la Ley N° 29904, establece que constituye infracción grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicada. Por su parte, el artículo 30.4 de la Ley N° 29904 establece que el resultado de la metodología para la determinación de las contraprestaciones desarrollada en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, sirve como un precio máximo para la retribución del acceso y uso de la infraestructura compartida.

Ahora bien, se debe señalar que frente a una supuesta infracción, corresponde al OSIPTEL el ejercicio de sus funciones supervisora y, en su caso, fiscalizadora. Debe tenerse presente que en el procedimiento de fiscalización el Consejo Directivo interviene como segunda y última instancia administrativa, por lo que no puede adelantar ninguna consideración respecto de lo señalado por AZTECA PERÚ sobre la presunta infracción cometida y la responsabilidad administrativa que correspondería asumir a el(los) presunto(s) infractor(es), a efectos de evitar cualquier transgresión al debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo cual, se considera pertinente remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización una copia de las comunicaciones presentadas por AZTECA PERÚ y PEOT en el presente procedimiento, a efectos que evalúe proceder conforme a sus atribuciones.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 74 de 86

4.6 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN.

4.6.1 COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO

4.6.1.1 COMENTARIOS PRESENTADOS POR AZTECA PERÚ (Carta DJ-358/18 recibida el 16.02.2018).

AZTECA PERÚ señala que en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, se consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, indicándose expresamente los montos correspondientes por retribución mensual unitaria por arrendatario, así como precisándose que dicha contraprestación corresponde al uso de la infraestructura de PEOT por parte de AZTECA PERÚ para la instalación de un (1) cable.

Al respecto, señalan que, si bien se encuentran de acuerdo con la modificación de los valores unitarios mensuales fijados en el Anexo 1 del Proyecto de Mandato, resulta necesario que en el mismo se precise en el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta en qué supuestos debe variar la retribución mensual señalada expresamente en la propuesta de modificación, así como la oportunidad y la forma de hacerla efectiva.

Indican que, la retribución mensual puede ser modificada cuando: (i) OSINERGMIN reajuste los costos regulados de las torres o postes; (ii) el Viceministerio de Comunicaciones disponga el cambio del valor de alguna variable; o, (iii) se modifique la fórmula de cálculo mediante Decreto Supremo. Dichas modificaciones debieran operar siempre que, como consecuencia de las variaciones originadas por los cambios normativos, la contraprestación resulte menor a la fijada por el Mandato.

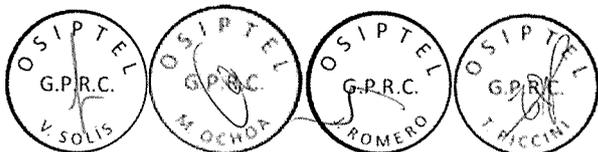
Indican que así, el recalcule y modificación de la retribución mensual deberá operar de manera automática, a partir del siguiente periodo de facturación y sin que sea necesario la suscripción de alguna adenda, siempre que la modificación dispuesta implique una reducción en el monto de la retribución mensual.

En esa línea, AZTECA PERÚ propone que el último párrafo de la Cláusula Cuarta 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 Cuarta

"(...)

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 PERÚ tenga que pagar a PEOT 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



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 75 de 86

modificación de dichos valores en caso se modifique la metodología de cálculo, salvo disposición normativa en contrario.”

Por tanto, solicita al Consejo Directivo que también precise el último párrafo de la nueva Cláusula Cuarta que fija para el Contrato de Compartición, en el extremo referido a la modificación de la retribución mensual, conforme ha sido propuesto.

De otro lado, indica que si bien se ha podido advertir que en el Anexo I del Proyecto de Mandato, que consigna la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, se establecen los valores unitarios mensuales por cada tipo de torre de PEOT, resulta fundamental que también la cláusula de contraprestación señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA PERÚ. 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. Señalan que en efecto, se debe tener en cuenta que la retribución mensual varía según el tipo de torre, existiendo importantes diferencias de valor entre ellos que pudieran dar lugar a ulteriores desacuerdos entre las partes.

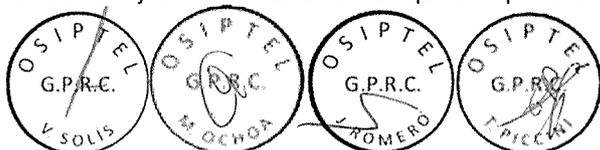
Por ello, solicitan al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación de la Cláusula Cuarta se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre⁶¹. Asimismo, proporcionan dicha información, para que pueda ser incorporada a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe N° 00012-GPRC/2018.

En atención a lo señalado, dada la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de PEOT utilizada por AZTECA PERÚ, solicitan al Consejo Directivo que incorporen las columnas con el número de torres arrendadas por cada tipo y el monto total al que asciende la contraprestación por cada tipo de torre, conforme ha sido propuesto en el numeral anterior.

4.6.1.2 COMENTARIOS PRESENTADOS POR PEOT A LOS COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ (Oficio 000271-2018-GR.LAMB/PEOT-GG recibido el 07.03.2018).

PEOT señala que AZTECA PERÚ solicita la modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición y la inclusión en dos (2) columnas en la tabla incorporada en dicha cláusula.

⁶¹ Señalan que este es el número de torres por cada tipo que AZTECA PERÚ se ha encontrado utilizando desde el inicio de la relación de compartición que mantiene con PEOT por lo que los montos de retribución fijados en la tabla son los que siempre debieron regir en el Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 76 de 86

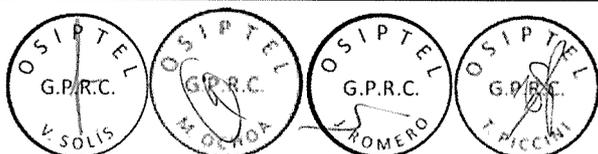
Sobre el particular, precisa que **la información consignada por la empresa AZTECA PERÚ en su propuesta de modificación de la mencionada tabla**, referida a la cantidad y tipos de torres de propiedad del PEOT, **es información inexacta**; toda vez que, conforme se aprecia de todos los cuadros contenidos en el Informe N° 0012-GPRC/2018 (específicamente los consignados en las páginas 51 y 52), los tipos de torre de propiedad del PEOT son:

N°	Código de "MOD INV_2017"	Material de las Estructuras de Alta Tensión	Altura Estructura (Mts)	Cantidad de postes
1	TA060SIR1S1C1120S±0	Acero	17	63
2	TA060SIR1S1C1120S+3	Acero	20	57
3	TA060SIR1S1C1120S+6	Acero	23	1
4	TA060SIR0D1C1120S±0	Acero	19	18
5	TA060SIR1S1C1120A-3	Acero	14	3
6	TA060SIR0D1C1120S+3	Acero	22	19
7	TA060SIR1S1C1120A±0	Acero	17	6
8	TA060SIR1S1C1120A+3	Acero	20	5
9	TA060SIR1S1C1120B-3	Acero	16	6
10	TA060SIR1S1C1120B±0	Acero	19	10
11	TA060SIR1S1C1120B+3	Acero	22	4

Total de torres: 192 unidades.

Manifiesta que AZTECA PERÚ consigna como tipos de torre de propiedad del PEOT los siguientes:

N°	Código de suministro de la infraestructura de soporte eléctrico	CANTIDAD DE TORRES Y/O POSTES POR RETRIBUCIÓN MENSUAL AZTECA
1	TA060SER0S1C1120S-6	7
2	TA060SER0S1C1120S-3	16
3	TA060SER0S1C1120S±0	59
4	TA060SER0S1C1120S+3	64
5	TA060SER0S1C1120S+6	7
6	TA060SER0S1C1120A-3	6
7	TA060SER0S1C1120A±0	12
8	TA060SER0S1C1120A+3	2
9	TA060SER0S1C1120B-3	4
10	TA060SER0S1C1120B±0	4
11	TA060SER0S1C1120B+3	3



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 77 de 86
	INFORME	

12	TA060SER0S1C1120R-3	3
13	TA060SER0S1C1120R±0	3
14	TA060SER0S1C1120R+3	2

Total de torres: 192 unidades.

PEOT manifiesta que se evidencia que la información que pretende suministrar (e incorporar al Contrato de Compartición) la empresa AZTECA PERÚ resulta ser disímil a la información que realmente corresponde a las características y codificaciones de las torres de propiedad del PEOT; lo que, presumiblemente, se ha efectuado con la finalidad de obtener ventaja económica al momento de la determinación de la contraprestación o retribución.

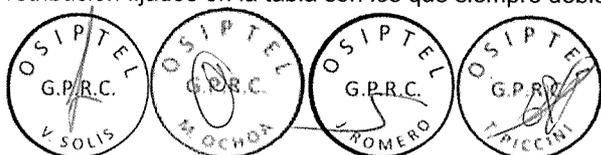
Asimismo, señala que de la lectura de la propuesta de modificación de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición de Infraestructura que formula la empresa AZTECA PERÚ, se aprecia que la misma es a pleno beneficio, previéndose procedimientos de ajuste automático del valor unitario en favor de la mencionada empresa; desconociendo el derecho de su representada de modificar el valor unitario, de ser el caso que la metodología o fórmula de cálculo incrementen la retribución mensual en su favor; lo que constituye una discriminatoria, restrictiva y limitativa del uso compartido de la infraestructura y delimitación razonable de la retribución.

4.6.1.3 COMENTARIOS DE AZTECA PERÚ A LOS COMENTARIOS DE PEOT (Carta DJ-477/18 recibida el 13.03.2018).

AZTECA PERÚ señala que, dentro del plazo conferido por el Consejo Directivo del OSIPTEL, mediante escrito DJ-358/18 presentaron sus comentarios al Proyecto de Mandato; siendo que, a través de tales comentarios entre otros aspectos, señalaron que resultaba fundamental que la cláusula de contraprestación a ser incorporada mediante el Mandato señale expresamente cuántas torres de cada tipo se encuentra arrendando AZTECA PERÚ. 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. Indican que, se debe tener en cuenta que la retribución mensual varía según el tipo de torre, existiendo importantes diferencias de valor entre ellos que pudieran dar lugar a ulteriores desacuerdos entre las partes.

Por ello, en dicha ocasión solicitaron al Consejo Directivo que en la tabla incorporada a la modificación de la Cláusula Cuarta se agreguen dos columnas adicionales, en la cual se indique expresamente cuántas torres (de cada tipo) se encuentra utilizando AZTECA PERÚ para la operación de la Red Dorsal, así como también a cuánto ascendería la contraprestación por cada tipo de torre⁶².

⁶² Precisan que este es el número de torres por cada tipo que AZECA PERÚ se ha encontrado utilizando desde el inicio de la relación de compartición que mantiene con PEOT, por lo que los montos de retribución fijados en la tabla son los que siempre debieron regir en el Contrato de Compartición.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 78 de 86

Al respecto, manifiestan que habiendo revisado a detalle la posición del OSIPTEL y la información brindada por PEOT, aprovechan la oportunidad para señalar su conformidad con lo planteado en los Anexos 1 y 2 del Proyecto de Mandato, la misma que se encuentra alineada con sus registros, para que pueda ser incorporada a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, bajo el mismo formato que fue utilizado en el Informe N° 00012-GPRC/2018.

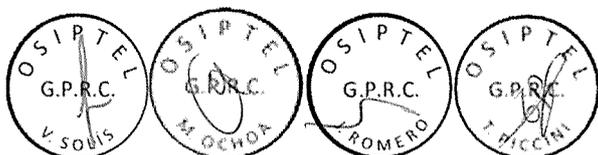
En atención a lo señalado, dada la necesidad de que el Contrato de Compartición exprese la cantidad y distribución correcta de la infraestructura de PEOT utilizada por AZTECA, se solicita al Consejo Directivo que incorporen las columnas con el número de torres arrendadas por cada tipo y el monto total al que asciende la contraprestación por cada tipo de torre. Adjuntan la referida información.

4.6.2 POSICIÓN DEL OSIPTEL RESPECTO DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO DE MANDATO.

Respecto de lo planteado por AZTECA PERÚ de que cualquier modificación en la fórmula de cálculo de la contraprestación o de sus componentes, sea automática y sin necesidad de que medie una addendum a su contrato y siempre que derive en una contraprestación menor; se debe señalar que el OSIPTEL siempre ha velado porque las retribuciones (pagos) por los servicios mayoristas se retribuyan adecuadamente y en la oportunidad que correspondan. En esa línea, considera que el dinamismo en la variación de los parámetros de la citada fórmula o en la fórmula misma puede generar incentivos para no actualizar oportunamente los montos de las retribuciones ex-post modificación. En ese entendido, la generación de costos de transacción (suscribir adendas) puede desacelerar el traslado de los beneficios producto de dichos cambios.

En razón de ello, se considera razonable el incluir en el presente mandato de compartición que las retribuciones establecidas en su relación de acceso se ajustarán a los cambios en el valor de alguna variable que compone la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 o en la citada fórmula. No obstante, no consideramos adecuado el restringir esa adecuación sólo al escenario en el cual la nueva retribución sea menor, ya que implicaría solo reducir los costos de transacción cuando bajan los precios. En ese contexto, el concesionario eléctrico también tiene derecho a ser retribuido bajo las mismas condiciones cuando el precio sube. De esta forma, la flexibilidad en la aplicación de los nuevos valores será cuando las nuevas retribuciones bajen o suban.

De otro lado, si bien, en estricto, los nuevos valores de retribución debieran comenzar a aplicarse desde la entrada en vigencia de los dispositivos legales que los originaron sin que medie suscripción de addendum alguno; con la finalidad de que la aplicación de los mismo no genere costos operativos, se propone que las nuevas retribuciones sean aplicadas desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que se modificaron las mismas.



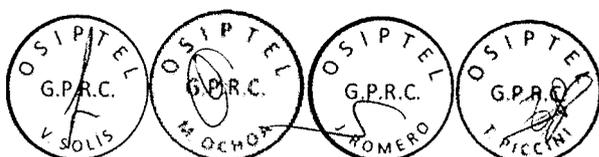
	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 79 de 86
	INFORME	

Respecto de lo solicitado por AZTECA PERÚ para que se considere en la tabla del Anexo 1, la cantidad de torres de cada tipo que se encuentra arrendando actualmente dicha empresa a PEOT, se debe señalar que se han considerado la cantidad de estructuras utilizadas por cada uno de los once (11) códigos señalados por AZTECA PERÚ en la información remitida mediante Carta DJ-477/18 recibida el 13.03.2018, así como la actualización de los precios de las estructuras considerando la base de datos "MOD INV_2018" del OSINERGMIN, por las razones expuestas en literal b) del numeral 4.3.6 del presente informe, en reemplazo de los valores de renta mensual unitaria señalados en el Proyecto de Mandato notificado para comentarios de las partes.

En consecuencia, la contraprestación por el uso de la infraestructura de PEOT (torres), será calculada conforme a los valores unitarios mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

N°	CÓDIGO DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$, sin IGV)	CANTIDAD
1	TA060SIR1S1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1±0	5,40	63
2	TA060SIR1S1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+3	5,90	57
3	TA060SIR1S1C1120S+6	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+6	6,50	1
4	TA060SIR0D1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2±0	7,30	18
5	TA060SIR1S1C1120A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1-3	7,30	3
6	TA060SIR0D1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2+3	8,10	19
7	TA060SIR1S1C1120A±0	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1±0	8,10	6
8	TA060SIR1S1C1120A+3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1+3	8,90	5
9	TA060SIR1S1C1120B-3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1-3	9,90	6
10	TA060SIR1S1C1120B±0	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1±0	11,00	10
11	TA060SIR1S1C1120B+3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1+3	12,30	4

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerandos la Base de Datos "MOD INV_2018" del OSINERGMIN.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 80 de 86

Los referidos valores de retribución mensual unitaria señalada, son por el acceso y uso de cada torre de PEOT por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación. Es decir, que si dicha empresa requiriera instalar más de un cable de fibra óptica, pagaría de manera proporcional tantas veces como medios de comunicación instale en una determinada estructura de soporte eléctrico.

4.7 LAS CONDICIONES LEGALES Y ECONÓMICAS A SER INCORPORADAS EN EL PRESENTE MANDATO.

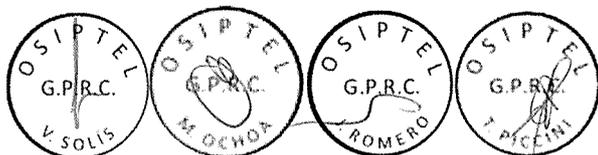
En el Anexo adjunto se detallan las modificaciones consideradas en el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre PEOT y AZTECA PERÚ el 29 de abril de 2016, las mismas que resultan consistentes con el marco legal aplicable, en particular con la Ley N° 29904 y su Reglamento.

Al respecto, a través del Anexo 1 se propone modificar el referido contrato, fijando los valores de retribución mensual que deberá pagar AZTECA PERÚ como concepto de contraprestación por el uso de la infraestructura de soporte eléctrico de PEOT, así como, algunas consideraciones para la aplicación de dicha contraprestación.

Dichas consideraciones necesarias para la aplicación de la contraprestación establecida, guardan concordancia con otros mandatos de compartición, en relación a las consideraciones para la aplicación de la retribución mensual por el acceso y uso a la infraestructura del operador eléctrico, y son las siguientes:

1. La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por PEOT a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por PEOT a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a PEOT su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por PEOT y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y



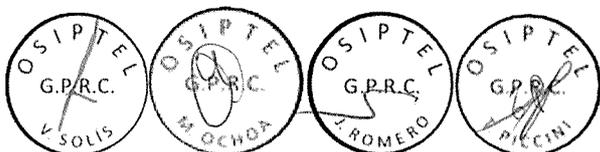
	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018 Página: 81 de 86
	INFORME	

de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a este organismo.

2. AZTECA PERÚ deberá presentar a PEOT, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de PEOT, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de PEOT, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de PEOT debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

3. De no estar incluido en el cuadro alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a PEOT, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (poste o torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.

4. Las retribuciones mensuales establecidas para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de PEOT, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales para las variables m, l, h y f definidas en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 82 de 86

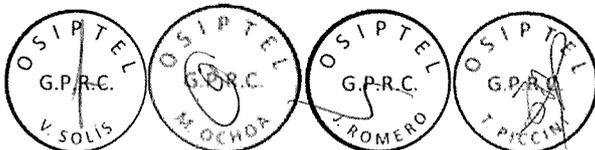
5. CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN.

Considerando lo anteriormente mencionado, esta Gerencia recomienda elevar, para la consideración del Consejo Directivo el Mandato de Compartición de Infraestructura con PEOT que modifica las condiciones económicas del contrato de compartición de infraestructura suscrito entre ambas partes el 29 de abril de 2016.

Atentamente,



Tatiana Piccini Antón
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA (E)



	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 83 de 86

ANEXO 1

RETRIBUCIÓN MENSUAL POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE STATKRAFT

Modificar la Cláusula Cuarta- Retribuciones- del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica suscrito entre PEOT y AZTECA PERÚ el 29 de abril de 2016, con la siguiente redacción:

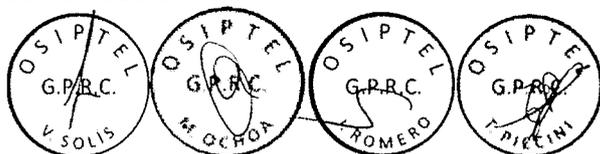
“Cuarta.- Contraprestación por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica.

La contraprestación mensual por el uso de la infraestructura de PEOT será calculada conforme a los valores unitarios (por torre) mensuales que se presentan a continuación, más el Impuesto General a las Ventas (IGV) respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC) y su modificatoria:

N°	CÓDIGO DE ESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	DESCRIPCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE SOPORTE ELÉCTRICO	RETRIBUCIÓN MENSUAL POR ARRENDATARIO (US\$, sin IGV)	CANTIDAD
1	TA060SIR1S1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1±0	5,40	63
2	TA060SIR1S1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+3	5,90	57
3	TA060SIR1S1C1120S+6	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S1 (5°)TIPO S1+6	6,50	1
4	TA060SIR0D1C1120S±0	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2±0	7,30	18
5	TA060SIR1S1C1120A-3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1-3	7,30	3
6	TA060SIR0D1C1120S+3	TORRE DE SUSPENSIÓN TIPO S2 (5°)TIPO S2+3	8,10	19
7	TA060SIR1S1C1120A±0	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1±0	8,10	6
8	TA060SIR1S1C1120A+3	TORRE DE ÁNGULO MENOR TIPO A1 (30°)TIPO A1+3	8,90	5
9	TA060SIR1S1C1120B-3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1-3	9,90	6
10	TA060SIR1S1C1120B±0	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1±0	11,00	10
11	TA060SIR1S1C1120B+3	TORRE DE ÁNGULO MAYOR TIPO B1 (65°)TIPO B1+3	12,30	4

(*) Valores expresados en Dólares de los Estados Unidos de América, determinados en función a los costos de las estructuras de soporte eléctrico considerando la Base de Datos “MOD INV_2018” del OSINERGMIN.

La retribución mensual unitaria señalada es por el acceso y uso de cada torre de PEOT por parte de AZTECA PERÚ, para la instalación de un (01) cable o medio de comunicación.



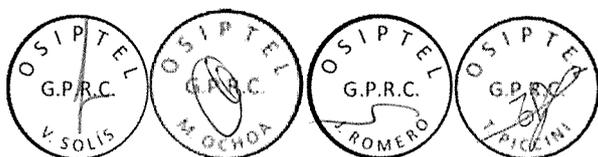
	DOCUMENTO	N° 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 84 de 86

La contraprestación mensual por el acceso y uso de infraestructura a ser cobrada por PEOT a AZTECA PERÚ, será el equivalente a la suma de los montos derivados de la multiplicación de los valores indicados como retribución mensual unitaria y la cantidad de dicha infraestructura utilizada efectivamente en cada Ruta al final de cada mes. La factura correspondiente será emitida mensualmente por PEOT a AZTECA PERÚ, quien deberá efectuar el pago dentro del plazo de treinta (30) días calendario de recibida la misma. En caso AZTECA PERÚ no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la factura correspondiente, AZTECA PERÚ podrá comunicar a PEOT su desacuerdo con el monto correspondiente a la contraprestación mensual, para lo cual AZTECA PERÚ deberá incluir en su comunicación los motivos por los cuales no ha aceptado el monto facturado por PEOT y el monto, debidamente sustentado, que AZTECA PERÚ considera debe retribuirle. Las partes deberán resolver las discrepancias que pudieran surgir al respecto, considerando el marco legal aplicable, las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica, y de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL emitir pronunciamiento al respecto, o solicitar un Mandato Complementario a dicho organismo.

AZTECA PERÚ deberá presentar a PEOT, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado por dicha empresa, una carta fianza emitida por un banco de primer nivel, por un monto equivalente a un (01) mes de retribución mensual por el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica de PEOT, en aplicación de los valores de retribución mensual fijados en el presente numeral, en las condiciones de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática a sólo requerimiento de PEOT, para garantizar a ésta el pago oportuno de la referida retribución. Esta carta fianza deberá ser actualizada a solicitud de PEOT debidamente justificada, en el plazo de diez (10) días hábiles de solicitado, cuando se produzcan modificaciones en la facturación mensual. En caso de ejecución, AZTECA PERÚ deberá reemplazarla por otra Carta Fianza con similares condiciones en un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de la citada ejecución.

De no estar incluido en el cuadro anterior alguna estructura de soporte eléctrico (torre o poste) que AZTECA PERÚ arrienda a PEOT, se deberá considerar como referencia para el pago de la contraprestación mensual, el valor de la retribución mensual unitaria establecido para alguna de las estructuras de soporte eléctrico señaladas en dicho cuadro, en función a la similitud con la característica técnica de la estructura de soporte eléctrico (torre) no incluida. En este caso, las partes deberán comunicar al OSIPTEL el valor de la retribución mensual considerada para la infraestructura no contemplada en el referido cuadro.



Las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de PEOT, se actualizarán en la oportunidad en que OSINERGMIN reajuste los costos de dichos postes o torres en su base de datos. Asimismo, las referidas retribuciones mensuales también se actualizarán en los casos en los que el Vice Ministerio de Comunicaciones modifique los valores porcentuales de los parámetros m , l , h y f definidos en la fórmula establecida en el Anexo 1 del citado Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y en el caso en el que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde primer día del mes siguiente de producido el ajuste.”



 OSIPTEL AL SERVIDOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	DOCUMENTO	Nº 00072-GPRC/2018
	INFORME	Página: 86 de 86

ANEXO 2

**CALCULO DETALLADO DE LA RETRIBUCIÓN MENSUAL POR EL ACCESO Y
USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE PEOT**

(En Disco Compacto)

